

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil catorce (2014)

Electoral - Sentencia de segunda instancia
Radicación No. 760012333000201400010-01
Demandante: Carlos Arturo Villa Luna
Demandado: Óscar Fuentes Fernández

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó el apoderado del señor Carlos Arturo Villa Luna (demandante) contra la sentencia del 17 de julio de 2014 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en la cual se decidió negar las pretensiones de la presente demanda de nulidad electoral.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

El señor Carlos Arturo Villa Luna, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda¹ en ejercicio de la acción de nulidad electoral, en la que planteó las siguientes pretensiones:

“1.1 Que se declare la nulidad del Decreto No. 337 de fecha 28 de noviembre de 2013 “POR EL CUAL SE HACE UN NOMBRAMIENTO” proferido por el Alcalde (E) del Municipio de Yumbo (V), donde se nombró al Dr. ÓSCAR FUENTES FERNÁNDEZ en el cargo de Jefe de Oficina - Código 006 - Grado

¹ La demanda fue reformada en relación con la acción que se ejercía y el capítulo de pruebas.

02 de la Oficina de Control Interno en la Planta de Personal de la Administración Central del Municipio de Yumbo (v).

1.2 Una vez ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a la presente acción, se comunique a la autoridad administrativa que profirió el acto, para los efectos legales consiguientes”.

1.2. Hechos en que se funda la demanda

El apoderado del actor como fundamento fáctico de las pretensiones de la demanda, sostuvo lo siguiente:

Que mediante el Decreto N° 337 de 28 de noviembre de 2013, el Alcalde (e) de Yumbo (Valle) nombró al señor Óscar Fuentes Fernández en el cargo de Jefe de Oficina – Código 006 – Grado 02 de la Oficina de Control Interno, pese a que no cumplía con el requisito de experiencia mínima de tres años en asuntos de control interno.

Que mediante el oficio N° 110-25 de 23 de diciembre, la Secretaría de Gestión Humana y Recursos Físicos de Yumbo informó al demandante que el señor Fuentes Fernández sí cumplía con el citado requisito porque desempeñó diferentes cargos en la administración municipal, entre ellos el de personero por 4 años, cargo que se relaciona con asuntos de control interno.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

Señaló como vulneradas las siguientes disposiciones: “*Artículos 2, 4, 6, 29, 209 de la Constitución, la ley 1474 de 2011 artículo 8º parágrafo 1º, artículo 91 de la Ley 136 de 1994, literal d), numeral 2, artículo modificado por el artículo 29*

de la Ley 1551 de 2012, artículo 1º de la Ley 87 de 29 de noviembre de 1993, artículos 4º y 8º del Decreto 2145 de 4 de noviembre de 1999, artículo 12 del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005”.

Sostuvo que el párrafo 1º del artículo 8º² de la Ley 1474 de 2011 “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y efectividad del control de la gestión pública*”, determina que para desempeñarse como asesor, coordinador o auditor interno se debe acreditar formación profesional y experiencia mínima de 3 años en asuntos de control interno.

Que el acto acusado desconoció dicha norma porque en la Oficina de Control Interno de la administración de Yumbo se designó al señor Óscar Fuentes Fernández, quien para el momento en que fue nombrado jefe de esa dependencia no reunía el requisito de experiencia mínima.

Adujo que la anterior circunstancia también desconoció el artículo 91 de la Ley 136 de 1994 “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, modificado por el párrafo 2, literal d), numeral 2º³ del artículo 29

² **Artículo 8º. Designación de responsable del control interno.** Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

Parágrafo 1º. Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.

Parágrafo 2º. El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.

³ **Artículo 29.** Modificar el artículo 91 de la Ley 136 de 1994, el cual quedará así: **Artículo 91. Funciones.** Los alcaldes ejercerán las funciones que les asigna la Constitución, la ley, las ordenanzas, los acuerdos y las que le fueren delegadas por el Presidente de la República o gobernador respectivo. (...) **Parágrafo 2º.** Para dar cumplimiento a lo dispuesto por

de la ley 1551 de 2012 *“Por la cual se dictan normas para la modernización la organización y el funcionamiento de los municipios”*, pues corresponde a los alcaldes, en relación con la administración municipal *“nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los agentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales comerciales (sic) de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes”*.

Que es cierto que el demandado se desempeñó como personero de Yumbo durante cuatro años, pero el Alcalde (e) de esa localidad no podía considerar ese cargo para admitir como acreditado el requisito de experiencia mínima porque las funciones del personero no tienen *“relación con asuntos de control interno”* debido a que éstos solo ejercen control sobre la administración de un municipio⁴.

Que lo anterior se infiere *“de lo dispuesto en el Decreto 2145 de 4 de noviembre de 1999 “Por el cual se dictan normas sobre el Sistema Nacional de Control Interno de las Entidades y Organismos de la Administración Pública del Orden Nacional y Territorial y se dictan otras disposiciones”, ya que en su artículo 4^º, trata sobre las instancias de articulación para el funcionamiento armónico y la retroalimentación del Sistema Nacional de Control Interno, y determina como tales a los responsables, los reguladores, los facilitadores y los*

la ley 52 de 1990, los alcaldes estarán obligados a informar a la oficina de Orden Público y Convivencia Ciudadana del Ministerio de Interior o quien haga sus veces, los hechos o circunstancias que amenacen con alterar o subvertir el orden público o la paz de la comunidad, con la especificidad de las medidas que se han tomado para mantenerlo o restablecerlo (...)

d) En relación con la Administración Municipal: (...)

2. Nombrar y remover los funcionarios bajo su dependencia y a los gerentes y directores de los establecimientos públicos y las empresas industriales comerciales de carácter local, de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

⁴ Artículo 138 del Decreto 1333 de 1986.

⁵ **“Artículo 4º.-** Instancias de articulación. Para lograr el funcionamiento armónico del Sistema Nacional de Control Interno se determinan las siguientes instancias de articulación, sus competencias e interrelaciones con los sistemas de control interno de las entidades públicas, de tal manera que se retroalimenten continuamente para el fortalecimiento del Sistema de Control Interno del Estado, así: responsables, reguladores, facilitadores y evaluadores.”.

evaluadores del Sistema; y, porque el artículo 8^o ibídem, al determinar qué entidades se constituyen en evaluadores del Sistema, solo le otorgó de manera expresa a la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales y Municipales y a la Procuraduría General de la Nación, en ningún momento le asignó dicha función de manera expresa a las PERSONERÍAS MUNICIPALES". (Subrayado del texto)

Que se desconoció el artículo 12⁷ del Decreto Ley 785 de 17 de marzo de 2005 “Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las autoridades territoriales que se regulan por las disposiciones de la ley 904 de 2004”, porque la

⁶**Artículo 8°.- Evaluadores.** Son los encargados de medir y evaluar la eficiencia, eficacia y economía del Sistema de Control Interno, con el fin de recomendar las mejoras pertinentes.

a. **La Contraloría General de la República y las Contralorías Departamentales y Municipales**, por atribución constitucional y legal les corresponde conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno de las entidades y organismos públicos en su respectiva jurisdicción, para lo cual podrá tomar como referente principal el informe de evaluación del Sistema de Control Interno, elaborado por la Oficina respectiva o quien haga sus veces;

b. **Auditoría General de la República:** A quien corresponde evaluar la gestión de los órganos de control fiscal en el ámbito nacional y territorial;

c. **El Departamento Nacional de Planeación**, mediante el Sistema Nacional de Evaluación de Gestión de Resultados Sinergia y su herramienta Plan Indicativo, consolida las realizaciones de cada organismo en materia de inversión, con el propósito de evaluar la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos de desarrollo;

d. **La Procuraduría General de la Nación** velará por el ejercicio diligente y eficiente de la administración pública ejerciendo la función preventiva y control de gestión;

e. **Las Oficinas de Coordinación del Control Interno o quien haga sus veces** de las entidades y organismos del sector público, verifican la efectividad de los sistemas de control interno, para procurar el cumplimiento de los planes, metas y objetivos previstos, constatando que el control esté asociado a todas las actividades de la organización y que se apliquen los mecanismos de participación ciudadana.

Corresponde a estas oficinas presentar antes del 30 de enero de cada año el informe ejecutivo anual del Sistema al representante legal de la entidad, quien a su vez lo remitirá al Consejo Asesor en esta materia, en los términos del literal c) del artículo 5 del presente Decreto.

Los Jefes de las Oficinas de Control Interno o quien haga sus veces, de las entidades adscritas o vinculadas, también deberán presentar el mencionado informe a sus respectivas juntas o Consejos Directivos, así como a los responsables de la orientación y coordinación de los sectores administrativos.

⁷ **“Artículo 12. Certificación de la experiencia.** La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias escritas, expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas. Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.

Las certificaciones de experiencia deberán contener, como mínimo, los siguientes datos:

12.1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.

12.2. Tiempo de servicio.

12.3. Relación de funciones desempeñadas.

Cuando la persona aspire a ocupar un cargo público y en ejercicio de su profesión haya asesorado en el mismo período a una o varias instituciones, el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez.”

experiencia debe acreditarse mediante constancias escritas expedidas por la autoridad competente de las instituciones oficiales o privadas y el demandado no demostró, por ese medio, cumplir el requisito de 3 años en funciones de control interno”.

2. Trámite en primera instancia.-

Mediante auto de 7 de abril de 2014⁸, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda y ordenó notificarla al señor Óscar Fuentes Fernández, al Alcalde de Yumbo (Valle) y al Ministerio Público⁹.

Por auto del 25 de abril de 2014, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca admitió la reforma de la demanda que presentó el apoderado del demandado.

5. Contestaciones a la demanda (rad. 2011-00311)

5.1. De la Alcaldía del municipio de Yumbo

El apoderado judicial de la entidad territorial sostuvo que el acto administrativo demandado perdió vigencia el 31 de diciembre de 2013, porque hasta esa fecha duró el nombramiento del señor Fuentes Fernández.

⁸ En esta providencia el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resolvió un recurso de reposición presentado por el apoderado del demandante en el cual solicitó que a la demanda se le diera el trámite correspondiente a la acción de nulidad de contenido electoral y no el del procedimiento ordinario como se había dispuesto en el auto admisorio del 3 de febrero de 2014 visible a los folios 37 a 39 del expediente.

⁹ Folios 46 a 52 del expediente.

Que, sin embargo, en la designación del demandado se respetó la Constitución y la Ley. Que su hoja de vida y certificaciones evidenciaron la amplia experiencia que éste tenía en control interno, pues demostró haber ocupado diferentes cargos en la administración municipal tales como: Secretario General del Alcalde, Gerente Administrativo de la Gerencia Social de Yumbo, Jefe de la Oficina de Control Interno de Yumbo, Secretario de Paz y Convivencia Ciudadana, Alcalde de Yumbo en encargo, Director Administrativo de la Oficina de Control Interno de Yumbo, Secretario de Hacienda, Secretario Jurídico, Gerente Social de Yumbo, Director de EPAMMS JAM etc.

Que el demandante cuestiona las funciones que desempeñó el señor Fuentes Fernández como Personero de Yumbo durante cuatro años, cuando es claro que éstas son de control interno de conformidad con el numeral 2^º de la Ley 617 de 2000.

5.2. Del señor Óscar Fuentes Fernández

Contestó la demanda extemporáneamente.

6. Alegatos de conclusión

¹⁰**Artículo 24.- Atribuciones del personero como veedor del tesoro.** En los municipios donde no exista contraloría municipal, el personero ejercerá las funciones de veedor del tesoro público. Para tal efecto tendrá las siguientes atribuciones:
(...)

2. Velar por el cumplimiento de los objetivos del control interno establecidos en la ley, tales como: igualdad, moralidad, eficiencia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y valoración de costos ambientales (...).

En la audiencia inicial llevada a cabo el 17 de julio de 2014, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca concedió a las partes 20 minutos con el fin de que presentaran alegatos de conclusión.

En su oportunidad, el demandante y el municipio de Yumbo, a través de sus apoderados, reiteraron lo que expusieron en la demanda y su contestación.

El demandado, señor **Óscar Fuentes Fernández**, presentó alegatos como se resume a continuación:

Se opuso a la prosperidad de la demanda, bajo el argumento que el artículo 9^o del Decreto 19 de 2012 *“Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”*, prevé que cuando se adelante un trámite ante una entidad de la administración está prohibido exigir constancias, certificaciones etc., que reposen en dicha entidad.

Que él ha desempeñado varios cargos en el municipio de Yumbo relacionados con control interno y por ello no tenía que aportar certificaciones para demostrar la idoneidad para el ejercicio del cargo, pues éstas se encontraban en manos de la administración.

¹¹ **“Artículo 9. PROHIBICIÓN DE EXIGIR DOCUMENTOS QUE REPOSAN EN LA ENTIDAD:** Cuando se esté adelantando un trámite ante la administración, se prohíbe exigir actos administrativos, constancias, certificaciones o documentos que ya reposen en la entidad ante la cual se está tramitando la respectiva actuación.

Parágrafo. A partir del 1 de enero de 2013, las entidades públicas contarán con los mecanismos para que cuando se esté adelantando una actuación ante la administración y los documentos reposen en otra entidad pública, el solicitante pueda indicar la entidad en la cual reposan para que ella los requiera de manera directa, sin perjuicio que la persona los pueda aportar. Por lo tanto, no se podrán exigir para efectos de trámites y procedimientos el suministro de información que repose en los archivos de otra entidad pública.”

Que el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante la Circular Externa 100-002 de 5 de agosto de 2011 estableció qué oficios o labores comprendían el control interno, sin que los allí relacionados sean los únicos que deben entenderse con ese fin, lo que supone que hay otras funciones que pueden comprenderse como tales, como, por ejemplo, las que ejercen por los personeros de acuerdo con el numeral 2º del artículo 24 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 186¹² de la Ley 136 de 1994.

Que el demandante olvidó que el artículo 6º¹³ de la Ley 87 de 1993 *“Por la cual se establecen normas para el ejercicio del control interno en las entidades y organismos del Estado y se dictan otras disposiciones”*, establece que si bien la responsabilidad del control interno en principio está a cargo del representante legal o máximo directivo de la entidad pública, lo cierto es que dicha responsabilidad también recae en los jefes de cada una de las dependencias de la entidad. Que él ha desempeñado diferentes cargos de dirección en el municipio de Yumbo que conforme a la ley suponen control interno.

7. La sentencia apelada

Se trata de la proferida el 17 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual esa Corporación negó las pretensiones de la demanda.

¹² “**Artículo 186º. Control interno.** Corresponde a los municipios y a las entidades descentralizadas, así como a las personerías y contralorías municipales a través de sus representantes legales, la adecuada organización e implementación de sistemas de control interno en la forma prevista por las normas legales correspondientes”.

¹³ “**Artículo 6º.- Responsabilidad del control interno.** El establecimiento y desarrollo del Sistema de Control Interno en los organismos y entidades públicas, será responsabilidad del representante legal o máximo directivo correspondiente. No obstante, la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y

Como sustento de la decisión indicó que el artículo 1º de la Ley 87 de 1993 contiene la definición de lo que debe entenderse por control interno.

Que el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, prevé que la persona que en una entidad sea nombrada en la dirección de la oficina de control interno debe tener una experiencia mínima de tres años en tales asuntos pero no especifica el tipo de experiencia que debe acreditarse, vacío que se llena con lo dispuesto en el artículo 11¹⁴ de la Ley 785 de 2005 donde se clasifica la experiencia en profesional, relacionada, laboral y docente.

Que el cargo de Jefe de Control Interno es del nivel asesor¹⁵ y, por ello, para ocupar ese empleo debe acreditarse experiencia profesional o relacionada conforme lo dispone el inciso séptimo de la aludida norma, sin que sea necesario *“que los conocimientos, habilidades y destrezas se hubieren adquirido estrictamente en una Oficina de Control Interno”*.

eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos”.

¹⁴ “**Artículo 11. Experiencia.** Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pénsum académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Laboral. Es la adquirida con el ejercicio de cualquier empleo, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Docente. Es la adquirida en el ejercicio de las actividades de divulgación del conocimiento obtenida en instituciones educativas debidamente reconocidas.

Cuando para desempeñar empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional se exija experiencia, esta debe ser profesional o docente, según el caso y determinar además cuando se requiera, si esta debe ser relacionada.

Cuando se trate de empleos comprendidos en el nivel Profesional y niveles superiores a este, la experiencia docente deberá acreditarse en instituciones de educación superior y con posterioridad a la obtención del correspondiente título profesional.”

¹⁵ En realidad el cargo de Jefe de la Oficina de Control interno pertenece al nivel directivo de conformidad con el artículo 16 del decreto 785 de 2005.

Que en el manual de funciones de la Alcaldía de Yumbo se estableció que para ser Jefe de la Oficina de Control Interno se requería acreditar experiencia profesional y relacionada en áreas de ciencias administrativas, jurídicas, ingeniería industrial o contaduría pública y contar con conocimientos relacionados con el régimen legal de control interno y gestión de calidad y de las normas técnicas correspondientes.

Indicó que de acuerdo con los numerales 3º, 4º, 10 y 21 del artículo 178 de la Ley 136 de 1994 y, 24 numerales 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º de la Ley 617 de 2000, los personeros municipales ejercen funciones de control interno. Que lo mismo se aprecia en el artículo 186 de la Ley 136 de 1994.

Que, conforme con lo anterior, la experiencia que adquirió el demandado como Personero del municipio de Yumbo durante cuatro años cuenta para acreditar experiencia en control interno por lo que cumplió con el requisito de experiencia mínima del párrafo 1º del artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, sin contar la que adquirió y acreditó en cargos de dirección en la administración de Yumbo.

Aceptó que si bien el demandado no acreditó la experiencia mediante certificaciones como lo establece el artículo 12 de la Ley 785 de 2005, declarar la nulidad de su elección implicaría un exceso de formalismo debido a que éste *“en verdad cumplía con la experiencia relacionada exigida por la Ley para ocupar dicho cargo”*.

8. Recurso de apelación

Reiteró el apoderado del demandante que los personeros no ejercen funciones de control interno porque de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2145 de 1999 tal facultad solo fue otorgada a la Contraloría General de la República, las Contralorías Departamentales y Municipales y a la Procuraduría General de la Nación.

Que la Secretaría de Gestión Humana y Recursos Físicos del municipio mediante el oficio 110-25 de 23 de diciembre de 2013, dirigido al demandante, certificó que dentro de las funciones del personero se encuentran las de *“vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas; vigilar la eficacia y continuidad de los servicios públicos, su equitativa distribución social y la racionalización económica de sus tarifas y presentar a los órganos de planeación recomendaciones que estime convenientes; supervisar los organismos locales destinados a la programación y ejecución de planes y programas de vivienda popular, con el fin de asegurar su justa y adecuada distribución entre las familias de menores recursos económicos de la localidad y, coordinar el control y vigilancia sobre el correcto funcionamiento de las diversas entidades del Gobierno Nacional que operan en el municipio”*. Que estas tareas no comportan ejercicio de control interno y, por lo tanto, no podían ser tenidas en cuenta a fin de acreditar la experiencia mínima.

Que si bien el demandado ocupó cargos de nivel directivo como el de secretario general, gerente administrativo, gerente social etc., no significa que haya ejercido control interno porque las funciones de

esos cargos son diferentes al de asesor, donde se ubica el cargo de jefe de control interno.

Reiteró que el señor Óscar Fuentes Fernández no acreditó ni aportó certificaciones para demostrar que reunía la experiencia mínima en asuntos de control interno para ser designado jefe de esa oficina en la administración de Yumbo.

9. Trámite en segunda instancia.-

El recurso de apelación se admitió por auto de 8 de septiembre de 2014, en el cual se dispuso poner en conocimiento de los no apelantes el memorial por el término de 3 días. También se ordenó mantener el expediente en Secretaría por el término de tres días para que las partes presentaran sus alegatos de conclusión y por el término de 5 días para que el Ministerio Público rindiera su concepto.

10. Alegatos de conclusión

10.1 Del municipio de Yumbo (Valle)

El apoderado judicial del municipio sostiene que el señor Óscar Fuentes Fernández sí reunía los requisitos de ley para ser designado Jefe de la Oficina de Control Interno de la entidad territorial, por lo que solicita confirmar el fallo apelado.

Que, no obstante, en su criterio la argumentación que desarrolla el demandante en el recurso de apelación que instauró contra la sentencia de primera instancia no controvierte lo que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca expuso en la sentencia de 17 de julio de 2014. Que lo que hace es reiterar lo que manifestó en la demanda.

10.2 Del señor Óscar Fuentes Fernández

El apoderado del demandado reiteró los argumentos expuestos en primera instancia.

11. Concepto del Ministerio Público.-

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia. En síntesis adujo:

Que de conformidad con el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011 quien pretenda ser designado como responsable del control interno de cualquier entidad pública debe cumplir dos requisitos: (i) formación profesional y (ii) experiencia mínima de tres años en tales asuntos.

Que el Departamento Administrativo de la Función Pública en la Circular externa 100-02 de 2011 enumeró algunos asuntos que pueden “entenderse de control interno”, sin que esos sean los únicos, hecho que confirmó la Sección Quinta del Consejo de

Estado en sentencia del 15 de julio de 2013, dentro del expediente 2012-00068-01 en la que se indicó que *“para efectos de cumplir el requisito de la experiencia en áreas de control interno, lo que pretendió el Legislador es adoptar el criterio funcional y no el orgánico, pues dicha experiencia se demuestra no solamente con haber ejercido funciones dentro de una oficina de control interno, sino con el ejercicio de cuales quiera funciones en diferentes entidades que impliquen el ejercicio de control interno”*.

Que el demandante se equivoca al indicar que los personeros no ejercen funciones de control interno, pues para ello se deben estudiar las funciones que éstos desempeñan, dentro de las que se pueden destacar la *“formulación de políticas institucionales, adopción de planes, programas y proyectos necesarios para el cumplimiento de las funciones”*.

Que de las pruebas allegadas al proceso *“se desprende que efectivamente el señor Óscar Fuentes Fernández tiene una experiencia mayor a tres años en asuntos de control interno”*. Que, además, el demandado ocupó cargos de dirección que suponen ejercicio de funciones de control interno.

Que no comparte el argumento del demandante en el que asegura que el demandado no aportó las certificaciones para acreditar la experiencia porque en la historia laboral visible a folios 323 y 324 del cuaderno 2 del expediente obran los documentos que soportan la experiencia profesional que adquirió el demandante en la administración del municipio de Yumbo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 150 y 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación propuesto por el apoderado del señor Carlos Arturo Villa Luna contra la sentencia de 17 de julio de 2014 dictada, en primera instancia, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca¹⁶.

2. Del asunto objeto de debate

Corresponde a la Sala determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia de 17 de julio de 2014, con fundamento en los argumentos que sustentan la apelación.

3. Caso concreto

La Sala decidirá únicamente las censuras expuestas en el recurso de apelación que presentó el apoderado del demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Atlántico, con sujeción a los argumentos allí planteados.

Si bien el apoderado del municipio de Yumbo considera que el señor Carlos Arturo Villa Luna no controvierte la sentencia de primera instancia, pues lo que hace es reiterar lo que expuso en la demanda para solicitar la nulidad del acto de nombramiento del

¹⁶ Como el cargo que se demanda pertenece al nivel directivo la competencia para conocer de la demanda de nulidad electoral se radicaba, en primera instancia, en el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

demandado, es lo cierto que los reparos que sustentan la impugnación sí van encaminados a cuestionar la decisión del a quo.

El recurrente, en síntesis, reitera que: (i) los personeros no ejercen funciones de control interno porque de conformidad con el artículo 8º del Decreto 2145 de 1999 esa facultad fue otorgada a la Contraloría General de la República, a las Contralorías Departamentales y Municipales y a la Procuraduría General de la Nación; (ii) que el demandado ocupó cargos de nivel directivo pero que ello no significa que haya ejercido control interno porque las funciones de ese nivel son diferentes a las del asesor donde se ubica el cargo de jefe de control interno y, (iii) que el señor Óscar Fuentes Fernández no acreditó ni aportó certificaciones para demostrar que reunía la experiencia mínima en asuntos de control interno para ser designado jefe de esa oficina en la administración de Yumbo.

Ahora bien, la Sala analizará cada uno de dichos cargos de la siguiente forma:

1.- El primer reparo se refiere a que los personeros no tienen funciones de control interno y, por lo tanto, las labores que desempeñó el demandado como Personero de Yumbo por espacio de 4 años no debieron ser consideradas a efectos de cumplir el requisito de experiencia mínima de tres años que exige el parágrafo 1º del artículo 8º de la Ley 1474 de 2011 para ocupar el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de esa localidad.

La Ley 87 de 29 de noviembre de 1993, define en el artículo 1º que control interno es *“el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y*

*mecanismos de **verificación y evaluación adoptados por una entidad**, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, **así como la administración de la información y los recursos**, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos”.*
(Negrita fuera de texto)

El inciso segundo de la citada norma prevé que el control interno debe “concebirse y organizarse de tal manera que su ejercicio sea **intrínseco** al desarrollo de las funciones de todos los cargos existentes en la entidad, **y en particular de las asignadas a aquellos que tengan responsabilidad del mando**”. (Negrita fuera de texto)

Los objetivos del sistema de control interno están previstos en el artículo 2º ídem y se concreta en los siguientes:

“a. Proteger los recursos de la organización, buscando su adecuada administración ante posibles riesgos que lo afecten;

b. Garantizar la eficacia, la eficiencia y economía en todas las operaciones promoviendo y facilitando la correcta ejecución de las funciones y actividades definidas para el logro de la misión institucional;

c. Velar porque todas las actividades y recursos de la organización estén dirigidos al cumplimiento de los objetivos de la entidad;

d. Garantizar la correcta evaluación y seguimiento de la gestión organizacional;

f. Asegurar la oportunidad y confiabilidad de la información y de sus registros;

g. Definir y aplicar medidas para prevenir los riesgos, detectar y corregir las desviaciones que se presenten en la organización y que puedan afectar el logro de sus objetivos;

h. Garantizar que el Sistema de Control Interno disponga de sus propios mecanismos de verificación y evaluación;

i. Velar porque la entidad disponga de procesos de planeación y mecanismos adecuados para el diseño y desarrollo organizacional, de acuerdo con su naturaleza y características. (Negrita fuera de texto)

A su vez, el artículo 3º de la Ley 87 de 1993 relaciona cuáles son las características del control interno y, para ello se indica:

“Artículo 3º.- Características del Control Interno. Son características del Control Interno las siguientes:

- a. El Sistema de Control Interno forma parte integrante de los sistemas contables, financieros, de planeación, de información y operacionales de la respectiva entidad;***
- b. Corresponde a la máxima autoridad del organismo o entidad, la responsabilidad de establecer, mantener y perfeccionar el Sistema de Control Interno, el cual debe ser adecuado a la naturaleza, estructura y misión de la organización;***
- c. En cada área de la organización, el funcionario encargado de dirigirla es responsable por control interno ante su jefe inmediato de acuerdo con los niveles de autoridad establecidos en cada entidad;***
- d. La Unidad de Control Interno o quien haga sus veces es la encargada de evaluar en forma independiente el Sistema de Control Interno de la entidad y proponer al representante legal del respectivo organismo las recomendaciones para mejorarlo;***
- e. Todas las transacciones de las entidades deberán registrarse en forma exacta, veraz y oportuna de forma tal que permita preparar informes operativos, administrativos y financieros.*** (Negrita fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, los artículos 5º y 6º de la misma ley, prevén que el control interno se aplica a todos los organismos y entidades de las ramas del poder público incluidos los organismos de control, de manera que su ejecución es responsabilidad, en

primer lugar, del representante legal o del máximo directivo correspondiente y, en segunda medida, de los jefes de cada una de las dependencias de las entidades y organismos. Sobre el particular, dichas normas consagran:

*“Artículo 5º.- Campo de aplicación. La presente Ley se aplicará a todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles así como en la organización electoral, **en los organismos de control**, en los establecimientos públicos, en las empresas industriales y comerciales del Estado en las sociedades de economía mixta en las cuales el Estado posea el 90% o más de capital social, en el Banco de la República y en los fondos de origen presupuestal.”*
(Negrita fuera de texto)

Artículo 6º.- Responsabilidad del control interno. El establecimiento y desarrollo del Sistema de Control Interno en los organismos y entidades públicas, será responsabilidad del representante legal o máximo directivo correspondiente. No obstante, la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos.”

De acuerdo con lo expuesto, es evidente que el control interno no solo lo ejerce quien tiene funciones específicas en dicha materia, pues conforme con la ley, también es responsable de su efectiva organización tanto el representante legal o máximo directivo de la entidad, como los jefes de cada una de las dependencias que la compongan, **incluidos los órganos de control**.

Ahora bien, los artículos 117 y 118 de la Constitución Política consagran que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control y que el primero está compuesto por la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, los Procuradores Delegados, los agentes del Ministerio Público, las autoridades jurisdiccionales, por los **personeros municipales** y,

por los demás funcionarios que determine la ley. En efecto, las citadas disposiciones a la letra, establecen:

“ARTICULO 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control.

*ARTICULO 118. El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, **por los personeros municipales** y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”*

Es decir: no existe duda alguna que los personeros municipales, como parte integral del ministerio público, hacen parte de los organismos de control, a quienes como se indicó, les es obligatoria la observancia y ejecución de las disposiciones referidas al control interno.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que conforme con el artículo 168 de la Ley 136 de 1994, las personerías cuentan con autonomía presupuestal y administrativa, de manera que a los personeros les corresponde ejercer la facultad nominadora, la función disciplinaria, la facultad de ordenador del gasto, entre otras, según lo dispuesto en los artículos 178 y 181 ídem, las cuales corresponden al ejercicio propio del control interno de la siguiente manera

*“Artículo 168. Personerías. Las personerías del Distrito Capital, Distritales y Municipales, **cuentan con autonomía presupuestal y administrativa**. En consecuencia, los personeros elaborarán los proyectos de presupuesto de su dependencia, los cuales serán presentados al Alcalde dentro del término legal, e incorporados respectivamente al proyecto de presupuesto general del municipio o distrito, el cual sólo podrá ser modificado por el Concejo y por su propia iniciativa. Una vez*

aprobado, el presupuesto no podrá ser objeto de traslados por decisión del Alcalde.

Las personerías ejercerán las funciones del Ministerio Público que les confieren la Constitución Política y la ley, así como las que reciba por delegación de la Procuraduría General de la Nación.

*Las personerías contarán con una planta de personal, conformada, al menos por el personero y un secretario.”
(Negrita fuera de texto)*

“Artículo 178. Funciones. El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, **además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:**

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos, promoviendo las acciones a que hubiere lugar, en especial las previstas en el artículo 87 de la Constitución.

2. Defender los intereses de la sociedad.

3. Vigilar el ejercicio eficiente y diligente de las funciones administrativas municipales.

4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiendo a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria, serán competencia de los procuradores departamentales.

(...)

9. Rendir anualmente informe de su gestión al Concejo.

10. Exigir a los funcionarios públicos municipales la información necesaria y oportuna para el cumplimiento de sus funciones, sin que pueda oponérsele reserva

alguna, salvo la excepción prevista por la Constitución o la ley.

11. Presentar al Concejo proyectos de acuerdo sobre materia de su competencia.

12. Nombrar y remover, de conformidad con la ley, los funcionarios y empleados de su dependencia.

13. Defender el patrimonio público interponiendo las acciones Judiciales y administrativas pertinentes.

(...)

21. Vigilar la distribución de recursos provenientes de las transferencias de los ingresos corrientes de la Nación al municipio o distrito y la puntual y exacta recaudación e inversión de las rentas municipales e instaurar las acciones correspondientes en casos de incumplimiento de las disposiciones legales pertinentes.

(...)" (Negrita fuera de texto)

"Artículo 181. Facultades de los personeros. Sin perjuicio de las funciones que les asigne la Constitución y la ley, los personeros tendrán la facultad nominadora del personal de su oficina, la función disciplinaria, la facultad de ordenador del gasto asignados a la personería y la iniciativa en la creación, supresión y fusión de los empleos bajo su dependencia, señalarles funciones especiales y fijarle emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes."

Como puede apreciarse, muchas de las funciones asignadas a los personeros municipales o distritales están ligadas con funciones de control interno, el cual ejercen tanto en relación con aquellas entidades que hacen parte de la administración municipal, como también a nivel interno como máxima autoridad de las personerías, pues por expresa disposición legal, se reitera, la responsabilidad en materia de control corresponde al representante legal o máximo directivo de la entidad u órgano, que para el caso específico es el personero municipal.

Así las cosas, para la Sala, contrario a lo que plantea el demandante, los personeros ejercen control interno, pues tal función, por todo lo que implica, no puede entenderse de manera restrictiva, esto es, ligada a que dicho control únicamente lo desempeña la oficina creada para que se encargue del mismo, pues debe analizarse la experiencia teniendo en cuenta que la ley dispone que el control interno corresponde a las diferentes dependencias de cada entidad.

Sobre el particular la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 15 de julio de 2013, Exp. 2012-00068-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Expresó:

“De la norma anterior se tiene que el control interno está concebido en forma sistémica, en atención a que integra tanto la parte de los principios y métodos, como la parte orgánica. Y, en cuanto a lo último, se trata de una función que no está reservada exclusivamente a una dependencia en particular, sino que por el contrario es una atribución que deben desarrollar “todos los órganos existentes en la entidad” o en “toda la escala de estructura administrativa”. Lo anterior es consecuente con la función misma, que como se dijo líneas arriba, es de tipo transversal porque permea todos los niveles de la Administración, como en efecto debe ser porque el control de la gestión debe surtir desde cada dependencia para el mejoramiento continuo de las funciones asignadas. El control interno es, entonces, una diáspora funcional, que irradia y compromete a los distintos niveles de la Administración, como así lo corroboran los artículos 5º y 6º de la Ley 87 de 1993, al determinar que la misma aplica para “todos los organismos y entidades de las Ramas del Poder Público en sus diferentes órdenes y niveles”, y que “la aplicación de los métodos y procedimientos al igual que la calidad, eficiencia y eficacia del control interno, también será de responsabilidad de los jefes de cada una de las distintas dependencias de las entidades y organismos.”. Y, aunque el artículo 9º ibídem, habla de la oficina de coordinación del control interno, en ningún momento señala que deba concentrarse en ella todas las funciones inherentes a asuntos de control interno; por el contrario, la califica como “uno de los componentes del Sistema de Control Interno”, con lo que se confirma lo que se viene diciendo en el sentido que el

control interno es un sistema, que vincula a los diferentes niveles de la Administración.”

Por todas estas razones, hizo bien el a quo al despachar desfavorablemente este cargo de la demanda.

2.- El demandante También considera que el hecho de que el demandado haya ocupado cargos de nivel directivo no significa que haya ejercido funciones de control interno *“porque estas difieren de las desempeñadas en el nivel asesor, que es a donde pertenece el cargo de jefe de control interno”*.

Al respecto, la Sala con fundamento en los argumentos y en el desarrollo normativo expuesto en líneas anteriores, reitera que la experiencia en asuntos de control interno no se adquiere únicamente por haber trabajado en la oficina que una entidad haya creado con tal fin, puesto que la ley no lo prevé así.

En otras palabras, contrario a lo que propone el recurrente, no es válido afirmar que solo respecto del nivel asesor¹⁷ se puedan predicar funciones de control interno, toda vez que esta competencia en la medida que tiene carácter transversal, su ejecución corresponde a cada uno de los niveles que hacen parte de una entidad perteneciente a la administración y, por ello, quienes hacen parte del nivel directivo legalmente tienen asignadas funciones de control interno.

Entonces, quien se haya desempeñado como jefe de alguna dependencia, máximo directivo o representante legal de una

¹⁷ De conformidad con el Decreto 316 de 2009 que obra a folios 8 a 10 del cuaderno principal, donde se consagra la denominación de los empleos su código y grado en el municipio de Yumbo, el cargo de Jefe de la Oficina de Control

entidad, puede acreditar el requisito de experiencia a que hace alusión la Ley 1474 de 2011, puesto que tales cargos llevan intrínsecas, se resalta, funciones de control interno en virtud de la ley.

3.- Por último, respecto al argumento según el cual el demandado no acreditó mediante certificación expedida por la autoridad competente que reunía el requisito de experiencia mínima de 3 años para ocupar el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno de Yumbo, lo cual a juicio del demandante acarrea la nulidad del acto demandado, la Sala pone de presente que a folio 322 del cuaderno 2A del expediente obra el acta de posesión N° 78 del señor Óscar Fuentes Fernández como jefe de la Oficina de Control Interno de Yumbo.

En la aludida acta el Alcalde Municipal de Yumbo hace constar que no solicita *“otros documentos para su posesión ya que reposan en su historia laboral”*, esto es, previamente a su nombramiento y posesión se verificó en la historia laboral del demandado que cumpliera con los requisitos de ley a fin de su posesión como Jefe de la Oficina de Control Interno. (Negrita fuera de texto)

Ahora bien, a folio 315 del mismo cuaderno reposa concepto emitido por el Secretario Jurídico de Yumbo en el que manifiesta: *“Los considerandos del decreto se ajustan a derecho, en especial a los contenidos en la Constitución Política Artículo 315 y cumple con lo establecido en el Artículo 8 de la Ley 1474 de 2011”*, esto es, la acreditación de la experiencia mínima. (Negrita fuera de texto)

Además de lo anterior, a folios 217 a 319 del cuaderno 2A existen certificaciones emanadas (i) de la Personera de Yumbo en la que hace constar que el demandado se desempeñó durante cuatro años como personero de esa localidad; (ii) del responsable del área de talento humano del Centro Penitenciario y Carcelario Jamundí donde informa que el señor Fuentes Fernández entre el 7 de julio de 2010 y el 30 de junio de 2011 ocupó el cargo de Director de ese centro penitenciario y, (iii) de la Coordinadora del Grupo de Talento Humano de la Alcaldía de Jamundí en la que señala que el demandado además de haber laborado como Secretario General de la Alcaldía de Yumbo y Gerente Administrativo adscrito a la Gerencia Social del Municipio, ocupó los siguientes cargos, en encargo: alcalde municipal, director administrativo de la oficina de control interno disciplinario, Secretario de Hacienda Municipal, Secretario Jurídico, Director del Instituto Municipal del Deporte y Recreación etc.

Así las cosas, es evidente que el demandado, señor Óscar Fuentes Fernández, para el 28 de noviembre de 2013, día en que fue designado Jefe de la Oficina de Control Interno de Yumbo mediante el Decreto 337, sí reunía el requisito de experiencia mínima que exige el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, por tanto, este cargo tampoco estaba llamado a prosperar.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de que está revestido el Decreto 337 de 28 de noviembre de 2013, se confirmará la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca

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 dictada el 17 de julio de 2014 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta decisión, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPÍESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA