



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, veintidós (22) de julio de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

MAGISTRADO PONENTE: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO:	SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
M. CONTROL:	NULIDAD ELECTORAL.
RADICACIÓN:	70-001-23-33-000-2016-00011-00
DEMANDANTE:	RAÚL VERGARA ALVIZ
DEMANDADO:	MIGUEL ARRAZOLA SAENZ – CONTRALOR DEPARTAMENTAL 2016-2019

TEMAS:	CONVOCATORIA PARA ELECCIÓN DE CONTRALORES TERRITORIALES - TRÁMITE SUJETO A LA LEY – RESERVA DE LEY - INEXISTENCIA DE LEY APLICABLE A LA FECHA.
---------------	---

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia dentro del medio de control de NULIDAD ELECTORAL, instaurada por el señor RAÚL ENRIQUE VERGARA ALVIZ, Procurador No. 44 Judicial II Administrativo, en contra del señor MIGUEL ALFONSO ARRÁZOLA SÁENZ, Contralor Departamental de Sucre (2016-2019).

1. ANTECEDENTES:

1.1 LA DEMANDA¹.

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el señor Procurador No. 44 Judicial II Administrativo delegado ante el Tribunal Administrativo de Sucre, **SOLICITÓ:** (i) se decrete la nulidad del acto de elección del señor MIGUEL ALFONSO ARRÁZOLA SÁENZ, Contralor Departamental de Sucre para el período 2016-2019, proferida por la Asamblea Departamental de Sucre, contenido en el Acta de fecha 6 de enero de 2016; en consecuencia de lo anterior (ii) se ordene a la Asamblea Departamental de Sucre realizar una nueva elección, dado estricto cumplimiento a los estándares mínimos de mérito para acceso al cargo.

¹ Folio 1 a 11.

Como FUNDAMENTOS FÁCTICOS se expuso que:

La Asamblea Departamental de Sucre mediante Resolución No. 056 del 19 de noviembre de 2015 desarrolló el procedimiento para escoger Contralor Departamental de Sucre, estableciéndose una etapa para la inscripción presentando la documentación exigida, una segunda etapa de verificación de requisitos y finalmente, entre el 29 y 31 de diciembre de diciembre de 2015 se elaborará un acta en el que se consignará el nombre de todos los admitidos y aptos, para que la Asamblea Departamental de Sucre hiciera la respectiva elección.

Recordó el accionante que el artículo 2º del Acto Legislativo No. 02 de 2015 modificó el artículo 272 de la C.N., en cuyo inciso 4º se dispuso que “Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de los servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.”

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mediante concepto del 10 de noviembre de 2015, dentro del Rad. No. 11001030600020150018200, manifestó que, en lo que respecta a la elección de contralores territoriales, es aplicable las disposiciones que regulan el concurso de méritos para la elección de personeros, mientras se expide una ley que regule la materia.

Recordó que el artículo 35 del Decreto Reglamentario 2485 de 2014 señala que para la realización del concurso público de personeros, los Concejos Municipales deben apoyarse en universidades, instituciones de educación superior, o entidades descentralizadas, especializadas en procesos de selección de personal.

El día 16 de diciembre de 2015 funcionarios de la Procuraduría General de la Nación practicaron visita a la Secretaría de la Asamblea Departamental de Sucre, en donde se constató de la existencia de 54 hojas de vida de aspirantes al cargo de Contralor Departamental de Sucre, de las cuales 50 se encuentran admitidas y 4 inadmitidas, además, que las hojas de vida como tales no fueron objeto de examen de ni se verificó el cumplimiento de los requisitos de los candidatos admitidos e inadmitidos.

Indicó el accionante que el proceso de escogencia por mérito de los aspirantes al cargo de Contralor Departamental de Sucre estuvo limitado a verificar requisitos generales, sin la aplicación de pruebas e instrumentos de selección como criterio de mérito para la conformación de la lista de elegibles.

El día 6 de enero de 2016, la Asamblea Departamental de Sucre eligió a MIGUEL ALFONSO ARRÁZOLA SÁENZ como Contralor Departamental de Sucre para el período 2016-2019, de una lista de candidatos sin que se cumpliera los estándares mínimos basados en la transparencia y el mérito, a fin de establecer la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como la idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública.

Como **NORMAS VIOLADAS** se invocaron los artículos 1340, 125, 126, 209 y 272 de la Constitución Política; el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

Señaló que el sistema de ingreso basado en el mérito tiene como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Consideró que al no evaluarse las hojas de vida con criterios objetivos que garantizaran la igualdad de condiciones en la selección, se violó el principio de igualdad.

Indicó que con la convocatoria y proceso de selección que dispuso la Asamblea Departamental de Sucre no se garantizó el criterio de selección de transparencia y criterios de mérito para la selección del Contralor Departamental, en cuanto luego de agotarse las etapas de inscripción y verificación de requisitos, se elaboró un acta con los nombres de todos los admitidos para que la Asamblea Departamental de Sucre hiciera la respectiva elección, sin consagrar criterios de selección.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 20 de enero de 2016 (Folio 11).
- Admisión de la demanda: 11 de febrero de 2016 (Folio 71 a 88).

- Recurso de apelación: 16 de febrero de 2016 (Folio 91 a 105).
- Notificación a las partes: 14 de marzo y 25 de abril de 2016 (Folio 112 y 259).
- Concesión de recurso de apelación: 29 de marzo de 2016 (Folio 124).
- Contestación de la demanda: 7 de abril de 2016 (Folio 127 a 158).
- Aviso a la comunidad: 20 de mayo de 2016 (Folio 266)
- Resuelve recurso de apelación: 28 de abril de 2016 (Folio 128 a 134 C. apelación)
- Audiencia inicial: 28 de junio de 2016 (Folio 274 a 276).

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El demandado contestó la demanda por conducto de apoderado, en memorial visible a folios 127 a 258, oponiéndose a todas las pretensiones propuestas. Respecto de los hechos, manifiesta aceptar unos, pero haciendo precisiones sobre cada uno de ellos.

Como razones de la defensa, señaló que el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 si bien modificó el artículo 272 de la C.N., mantuvo la competencia de las Asambleas Departamentales para la elección de los Contralores Territoriales, modificando solo el procedimiento para su escogencia, despojando a los Tribunales Superiores y Contenciosos Administrativos de la conformación de ternas, correspondiéndole a la Asamblea Departamental adelantar el procedimiento directamente por medio de convocatoria pública conforme a la ley y con base en los principio de la función pública, en donde los aspirantes deben acreditar los requisitos que establece la norma, esto es, artículo 5 de la Ley 330 de 1996 y el artículo 68 de la Ley 42 de 1993.

Señaló que la pretensión de aplicar por analogía el concurso de personeros al del contralor carece de vocación de prosperidad, por cuanto existe una norma que regula íntegramente la materia, esto es, la Ley 42 de 1993 y 330 de 1996, normas preexistentes y aplicables al caso concreto, sin que sea necesario acudir a otras disposiciones legales, como se sugiere.

Resalta el apoderado de la parte demandada que el actor incorporó copia simple del acto demandado, teniendo la carga y el deber de aportar copia del acto con constancia de notificación o ejecución, por lo que mal puede hacerse una valoración

de un acto que carece de fuerza probatoria, vulnerándose además lo señalado en el artículo 166 del CPACA.

Manifiesta que los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito, jamás fueron violentados por la Asamblea Departamental de Sucre en la elección del Contralor Departamental, y mucho menos el acto demandado infringió las normas en que debía fundarse ni fue expedido en forma irregular, puesto que la convocatoria para la selección del Contralor Departamental fue ampliamente difundida, además, el proceso de convocatoria se encontró a vista de todos, bajo el seguimiento de la Procuraduría Regional de Sucre.

1.4 ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

1.4.1 Parte demandante²: Reiteró lo expuesto en el escrito de demanda. Señaló además que la Asamblea Departamental de Sucre aceptó y acogió mediante Resolución 056/2015, reglamentaria de la convocatoria, la aplicación de los principios de transparencia, publicidad, objetividad, entre otros.

Indicó que en la Resolución se invocaron los artículos 126 y 272 de la C.N., para concluir que la elección tenía que hacerse por convocatoria pública, de modo que, si se acepta que la norma no es aplicable hasta que haya una ley que la desarrolle, no debió aplicarse, pero si por el contrario se decidió por la Asamblea Departamental implementar su aplicación, debió aplicarse en su conjunto y no aplicarla a medias.

Resaltó que la misma Asamblea Departamental señaló que la elección del Contralor Departamental debe hacerse siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, entre otros, pero se olvidó de establecer la regla o fórmula para que la decisión se hiciera con objetividad y mérito, en contradicción a lo acogido en la Resolución 056 de 2015

1.4.2 Parte demandada³: El apoderado del demandado reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Igualmente señaló que la parte actora sustentó la demanda al amparo de lo dispuesto por el CONSEJO DE ESTADO en

² Folio 292 a 301.

³ Folio 278 a 291.

providencia del 15 de diciembre de 2015, Exp. No. 1100103280002015004800, más sin embargo en el presente asunto, al resolverse la apelación contra el auto que negó la suspensión provisional del acto de elección, la misma Corporación manifestó que las conclusiones de aquella decisión no pueden ser extrapoladas a este caso, en la medida en que se trata de situaciones diferentes.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 COMPETENCIA

Esta Sala es competente para conocer del presente medio de control en primera instancia, conforme lo señalado en el numeral 8 del artículo 152 del CPACA.

Se advierte que no se observa causal de nulidad alguna que pueda invalidar lo actuado, por lo que se procede a decidir el fondo del asunto.

2.2 PROBLEMA JURÍDICO.

Con fundamento en los planteamientos de las partes y lo señalado en la fijación del litigio dentro de la Audiencia Inicial, entra el Sala a dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿Se encuentra incurso la elección del demandado como Contralor Departamental de Sucre para el período 2016-2019, en la causal de nulidad por incumplimiento de requisitos constitucionales y legales de elegibilidad, artículo 275, inciso 1º del CPACA, por violación de las normas en que debía fundarse de conformidad con el artículo 137 del CPACA, artículo 13, 126 inciso 4º y 13 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015 y expedición irregular del acto acusado?

2.3 PRUEBAS APORTADAS.

Al plenario se allegaron los siguientes elementos de juicio:

- Copia simple de la Resolución No. 056 de noviembre de 19 de 2015 (Folio 12 a 16).
- Copia simple del acta de revisión de hojas de vida para la elección de Contralor Departamental de Sucre 2016-2019 (Folio 17 a 20).

- Copia simple de la Resolución No. 066 de diciembre 14 de 2015 (Folio 21 a 25).
- Copia simple de acta de visita practicada en la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre, de 16 de diciembre de 2015 (Folio 26).
- Copia simple del Acta 003 de 6 de enero de 2016, contentiva de sesión de la Asamblea Departamental de Sucre, dentro de la cual, entre otros asuntos, se lleva a cabo la elección del señor MIGUEL ALFONSO ARRÁZOLA SÁENZ, como Contralor Departamental de Sucre 2016-2019, por unanimidad (Folio 27 a 36).
- Copia simple de planilla, elaborada para efectos de verificación de requisitos de aspirantes al cargo de Contralor Departamental de Sucre 2016-2019 (Folio 37 a 57).
- Copia simple de constancia emitida por Radio Majagual, de fecha 7 de diciembre de 2015 (Folio 159).
- Copia simple de constancia emitida por Radio Sabanas, de fecha 7 de diciembre de 2015 (Folio 160).
- Copia simple de certificación emitida por Radio Majagual, de fecha 25 de enero de 2016 (Folio 161).
- Copia simple de constancia emitida por la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre, en la que consta que la Resolución 056 de 2015 se encuentra publicada en la página Web de Sucre desde el 20 de noviembre de 2015, adjuntándose pantallazo de lo referido (Folio 162 y 163).
- Copia de certificación emitida por el Jefe de Mercadeo y Ventas de El Meridiano de Sucre, de fecha 27 de enero de 2016 (Folio 164).
- Copia simple de constancia emitida por Radio Caracolí, de fecha 26 de enero de 2016 (Folio 165).
- Copia simple de acta de visita especial de la Procuraduría Regional de Sucre a la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre, de fecha 5 de enero de 2016 (Folio 166).
- Copia simple de aviso público hecho por la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre, de fecha 5 de enero de 2016 (Folio 167).
- Copia de acta en la que se consignan los nombres de los aspirantes admitidos y aptos para la elección de Contralor Departamental de Sucre, de fecha 30 de

diciembre de 2015 (Folio 168 y 169).

- Copia simple de acta de visita especial de la Procuraduría Regional de Sucre a la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre, de fecha 30 de diciembre de 2015 (Folio 170 y 171).
- Copia de auto comisorio expedido por la Procuraduría Regional de Sucre, de fecha 29 de diciembre de 2015 (Folio 172).
- Copia de la Resolución No. 074 de 2015, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 066 de 2015 (Folio 173 a 175).
- Copia de escrito de recurso de reposición interpuesto por JHANELA MATHIEU ZULETA, contra la Resolución No. 066 de 2015 (Folio 176).
- Copia de certificado expedido por la Dirección del Registro Nacional de Abogados (Folio 177).
- Copia de la Resolución No. 073 de 2015, por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 066 de 2015 (Folio 178 a 180).
- Copia de escrito de recurso de reposición interpuesto por EDISON BIOSCAR RUÍZ VALENCIA, contra la Resolución No. 066 de 2015 (Folio 182 a 186).
- Copia de partida de nacimiento (Folio 187).
- Oficio de fecha 22 de diciembre de 2015, mediante el cual la Secretaría General de la Asamblea Departamental da respuesta a una solicitud de nulidad y revocatoria parcial de la Resolución No. 056 de 2015 (Folio 188 a 196).
- Copia de escrito de solicitud de nulidad y revocatoria parcial de la Resolución No. 056 de 2015 (Folio 197 a 208).
- Copia simple de acta de visita especial de la Procuraduría Regional de Sucre a la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre, de fecha 16 de diciembre de 2015 (Folio 209).
- Copia simple de acta de visita practicada en la Secretaría General de la Asamblea Departamental de Sucre, de fecha 15 de diciembre de 2015 (Folio 210 a 212).
- Copia del acta de cierre de inscripción de candidatos para aspirar al cargo de Contralor Departamental de Sucre, de fecha 7 de diciembre de 2015 (Folio 246).

2.4 CARGOS INVOCADOS Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

Como cargos invocados por la parte actora en contra del acto de elección del señor MIGUEL ALFONSO ARRÁZOLA SÁENZ como Contralor Departamental de Sucre para el período 2016-2019, se alegó i) la infracción de las normas en que debe fundarse, y ii) la expedición irregular, en concordancia con lo señalado en el inciso primero del artículo 275 del CPACA, en concordancia con lo señalado en el inciso 2º del artículo 137 *ídem*, normas que disponen:

“Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...).”

“Artículo 137. Nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.
(...).” (Negritas para resaltar)

Para sustentar las mismas, consideró el actor que el acto de elección es violatorio de las reglas mínimas de la meritocracia y del derecho a la igualdad que tienen todas las personas en someterse a un procedimiento justo y objetivo de selección.

Expresa que, con la elección del señor Contralor Departamental de Sucre, periodo 2016-2019, se pretermitió la aplicación de pruebas e instrumentos de selección que permita establecer la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública, asunto que no sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física, como lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional (sentencia T-604 de 2013).

Como normas superiores vulneradas señaló:

- Artículo 13 de la C.P., del derecho a la igualdad, en concordancia con el mérito como regla general de acceso a la función pública, artículo 125 *ídem*, y del derecho al acceso a los cargos públicos como derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, artículo 40-7 *ídem*.

- Artículo 272 inciso 4 de la C.P. (modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015), que regula la elección de los Contralores territoriales, en concordancia con el inciso 4 del artículo 126 ibídem (modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015), citando como antecedente, la providencia del 15 de diciembre de 2015, proferida por el CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, dentro del medio de control de nulidad electoral radicación 1100103280002015004800, donde se le da alcance al mérito como forma de acceso a los cargos públicos, asegurando que en el caso concreto, en la resolución que determinó las reglas del concurso para la elección del Contralor Departamental, no aparece fundamento o razón de la preselección, ni en el acto se estableció forma o método de cómo se llevaría a cabo la preselección, ni cómo serían otorgadas las calificaciones o puntajes para realizar la elección y asegurar la objetividad en la escogencia.
- Artículos 209 de la C.P. y el artículo 3 del CPACA, en donde se desarrollan los principios de la función administrativa y los principios de las actuaciones y procedimientos administrativos.

Como se advierte, el interrogante a resolver que plantea el presente asunto radica en la presunta vulneración de las normas, en que debería soportarse la convocatoria pública, para optar por el cargo de Contralor Departamental de Sucre, en atención al Acto Legislativo 02 de 2015, Art. 2º –Inciso 4to- y artículo 23, a través del cual se modificó el inciso 4 del artículo 272 de la C.P., normas que disponen:

“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.”

“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.” (Negrilla para resaltar)

De acuerdo con la anterior normativa, en todo procedimiento de convocatoria pública se hace necesaria la constatación de una serie de requisitos y procedimientos, como criterios de mérito a la hora de ejercerse la elección, lo que, aparentemente, no

requieren mayor interpretación, sino fuera por los condicionamientos que la propia norma impuso.

Al efecto, y tomando lo dicho en providencia del 11 de febrero de 2016⁴, la expresión “*reglada por la ley*”, implica que de entrada se considere, que exista una ley, que en términos concretos, defina los aspectos ahí considerados, lo que descarta que entes como las Asambleas Departamentales, puedan ejercer tal facultad, al haberse atribuido tal reglamentación a la ley, no a las ordenanzas.

Esto es, a lo que jurisprudencial y doctrinalmente, se denomina⁵ **RESERVA DE LEY**⁶, es decir, que el constituyente de manera expresa defirió a la ley, en sentido material y formal, entendida esta como la aprobada directamente por el órgano legislativo legitimado democráticamente o por el Presidente de la República, actuando como legislador delegado. De la misma forma, puede decirse que el principio de reserva de ley se manifiesta en la obligación del Estado de someter el desarrollo de determinadas materias o de ciertos asuntos jurídicos necesariamente a la Ley, o al menos, a tener como fundamento la preexistencia de la misma.

Sobre la reserva de ley, ilustra la jurisprudencia:

“3.- La cláusula de reserva de ley y de reserva de ley estatutaria.

3.1.- Una de las manifestaciones de los principios democráticos y de separación de poderes es la cláusula de reserva de ley¹. En virtud del principio democrático se busca que las normas que rigen la vida en sociedad reflejen mínimos de legitimidad al concebirse como expresión de la soberanía popular, del pluralismo y resultado del procedimiento deliberativo que se supone subyace en el proceso de formación de las leyes¹. Por su parte, con la separación de poderes se pretende asegurar un reparto en el ejercicio del poder normativo, de manera que “el Legislador no puede dejar de adoptar las decisiones básicas que el Constituyente le ha confiado, ni el instrumento a través del cual se reglamenta puede adoptar las decisiones que sean propias del ámbito del Legislador”¹.

La jurisprudencia de esta corporación se ha referido al respecto en los siguientes términos:

⁴ Mediante el cual se admitió la demanda y se negó la medida cautelar en el presente asunto.

⁵ Lo que sigue, en cuanto a concepto y jurisprudencia sobre reserva de ley, es tomado de: Salvamento de Voto a la Sentencia del 24 de octubre de 2014. M. P. TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS, suscrito por el Dr. LUIS CARLOS ALZATE RÍOS. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Radicación: 70-001-33-31-004-2011-00429-01. Demandante: ÓSCAR EMILIO VERGARA ALDANA. Demandado: MUNICIPIO DE LA UNIÓN – SUCRE.

⁶ Sobre la reserva de ley, nos ilustra la doctrina sobre el punto: “... en la Constitución colombiana, contiene numerosas reservas de ley, esto es alusiones a la ley, pues en muchos artículos se establece de manera expresa, que ciertas materias deben ser objeto de regulación legal. En estos supuestos la “reserva de ley” adquiere un sentido diferente: de lo que se trata es de materias que el constituyente considera de gran importancia y sobre las que hace un llamado a los órganos que ostentan la potestad legislativa para que regulen mediante una norma con rango de ley, es decir, ya sea de manera exclusiva por el Congreso de la República (mediante ley formal) o bien en armonía con el Gobierno, con base en delegación legislativa, esto es, expidiendo una ley de delegación (facultades extraordinarias) que habilite al Presidente para que realice su normación mediante decreto ley.” SIERRA PORTO, Humberto A. Concepto y tipos de ley en la constitución colombiana. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 181 y 182.

“La reserva de ley es una institución jurídica, de raigambre constitucional, que protege el principio democrático, al obligar al legislador a regular aquellas materias que el Constituyente decidió que fueran desarrolladas en una ley. Es una institución que impone un límite tanto al poder legislativo, como al ejecutivo. A aquél, impidiendo que delegue sus potestades en otro órgano, y a éste, evitando que se pronuncie sobre materias que, como se dijo, deben ser materia de ley”⁷.

Exige, entonces, que la regulación de ciertas materias solo pueda adelantarse mediante ley, o cuando menos se cimiente en ella. En algunos casos bajo el concepto de ley en sentido formal, es decir, emanada directamente del Congreso de la República, con sujeción a las reglas de procedimiento para su elaboración -estricta reserva legal-; y en otros bajo la noción de ley en sentido material, admitiendo la intervención del Gobierno como excepcionalmente facultado para dictar normas con fuerza de ley⁸. Sin embargo, lo que de ninguna manera se autoriza es que el Legislador –ordinario o extraordinario- se despoje de las funciones constitucionalmente atribuidas para delegarlas, sin más, en otra autoridad so pretexto de su reglamentación.”⁹

Por ello, la expresión de “*reglado por la ley*”, implica que el tratamiento y regulación jurídica de determinada materia o asunto queda diferido y solo puede realizarse mediante una Ley; la cual se constituye en complemento indispensable para que la norma constitucional se haga ejecutable, máxime cuando es la misma constitución la que determina dicha reserva, pues, en él se permite desarrollar las reglas generales allí consagradas, explicitar sus contenidos, hipótesis y supuestos e indicar, la manera de cumplir lo reglado, es decir, hacerla operativa, sin rebasar el límite inmediato fijado por la propia ley, sin que haya desprendimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, del concepto de fuentes del derecho, en el entendido, que existen escalas a través de las cuales, una vez agotadas –sea por mandato del ordenamiento jurídico o del propio legislador, poder constituyente para el caso- se agota la facultad que para lo tratado, puede denominarse reglamentaria.

Ahora bien, vale preguntarse ¿qué sucede, en punto de lo tratado, cuándo es la propia norma constitucional, la que de manera expresa, como en este caso, señala que la “*convocatoria pública (será) reglada por la ley*” y tal ley, hasta el momento, no ha sido expedida por el legislador, por cualquier razón?

Bajo tal panorama, frente a las convocatorias públicas de empleos como el de Contralor Departamental, no existe reglamentación legal alguna, que indique “*los requisitos y procedimientos, que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para*

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-570 de 1997.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-710 de 2001, C-902 de 2001, C-992 de 2001, C-432 de 2004, C-1169 de 2004 y C-507 de 2006, entre muchas otras.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2012. M. P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.

su selección”, encontrándose una verdadera omisión legislativa absoluta, que en términos de la Corte Constitucional, debe entenderse de la siguiente manera:

“El legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de las siguientes maneras: cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución; cuando en cumplimiento del deber impuesto por la Constitución, favorece a ciertos grupos, perjudicando a otros; cuando en desarrollo de ese mismo deber, el legislador en forma expresa o tácita, excluye a un grupo de ciudadanos de los beneficios que otorga al resto; cuando el legislador al regular o construir una institución omite una condición o un ingrediente que, de acuerdo con la Constitución, sería exigencia esencial para armonizar con ella. En el primer caso, se presenta una omisión legislativa absoluta por cuanto falta la disposición de desarrollo legislativo de un determinado precepto constitucional; mientras que en los restantes, existe una omisión legislativa relativa porque si bien el legislador ha expedido la ley, en ella solamente ha regulado algunas relaciones, dejando por fuera otros supuestos análogos, con clara violación del principio de igualdad”¹⁰. (Negrillas para resaltar)

De la misma forma, en Sentencia C-173 de 2010, sobre la omisión legislativa absoluta, la Corte Constitucional señaló que esta:

“Se presenta en caso de falta absoluta de regulación legal, cuando no pesa sobre el legislador el deber constitucional de proferir una determinada norma”. Este tipo de omisión legislativa no puede ser objeto de demanda de inconstitucionalidad, porque “el juicio de constitucionalidad esencialmente consiste en la comparación entre dos textos normativos, uno de rango legal y otro constitucional, de manera que la inexistencia del primero lógicamente impide adelantar tal proceso comparativo propio del control abstracto de constitucionalidad de las leyes”

Desde este punto de vista, en una primera aproximación, no existiría competencia en este Tribunal para juzgar la nulidad propuesta, pues, si no hay norma inmediatamente superior, no hay manera de cotejar el acto administrativo, que en términos de fuentes del derecho, responde a la escala del ordenamiento jurídico, en la cual, sobre el acto administrativo se encuentra la Ley, apreciación que no puede ser de recibo, pues, afectaría la concepción de norma vinculante que atañe a la Constitución Política y sobre la cual, se fundamenta la demanda.

Ahora bien, para no vaciar el contenido constitucional del Acto Legislativo 02 de 2015, puede argumentarse que en la elección del contralor, se está realizando la provisión de un empleo público, este sí, regulado y reglamentado en la Constitución

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C – 543 de 1996. Corte Constitucional, Sentencia C- 371 de 2004 “*En relación con las atribuciones de las autoridades públicas en un Estado constitucional y democrático, pueden darse circunstancias de inactividad del legislador frente al cumplimiento de la función legislativa, designadas por la jurisprudencia y la doctrina como omisiones legislativas.*

Las omisiones legislativas pueden ser absolutas o relativas. Las primeras se infieren cuando hay una ausencia total e íntegra de normatividad que, por carencia de objeto de verificación, en cualquier caso, impiden una confrontación material, objetiva y verificable con los postulados consagrados en la Constitución Política. Las segundas son aquellas ausencias normativas puntuales que por razones constitucionales debieran estar incluidas en una regulación específica proferida, que la tornan en disposición inequitativa, inoperante o ineficiente”

Política, la ley y sendos actos administrativos. Siendo así, no cabe duda, que ha de acudir al contenido normativo de la Ley 909 de 2004, como ley que regula el empleo público en Colombia, para señalar, que el cargo de Contralor Departamental, es un empleo de período fijo, si se atiende el contenido del art. 1º literal c) de la mencionada ley, no sometido a carrera administrativa en términos del art. 5.1 *ejusdem*, que se asemeja, a aquellos empleos de libre nombramiento y remoción, en cuanto a su nombramiento, en tanto tal ley, no trae reglamentación alguna¹¹ al respecto, pero sometido al criterio de mérito, entre otras cosas, conforme el novísimo acto legislativo.

Si esto es así, el nombramiento de Contralor Departamental se halla flexibilizado, en tanto, no responde a los criterios plenos de carrera administrativa, sometiéndose, únicamente, en lo que atañe a lo demandado, además de los demás criterios señalados en el Acto Legislativo 02 de 2015, que por demás no tendrían dificultad de hallarse en la convocatoria efectuada por la Asamblea Departamental de Sucre, al criterio de mérito (aspecto sobre el cual centra, básicamente, sus cargos el demandante), criterio en el cual, ha de afirmarse, el legislador *“tiene un razonable margen de libertad en la configuración y el diseño de los mecanismos a través de los cuales se valora el mérito”*¹², por ende, por este aspecto, la intervención del legislador, en temas como el tratado, se vuelve más que necesaria y la laguna jurídica de naturaleza grave, en tanto, no hay semejanza o analogía con la provisión de otros cargos, pues, se insiste, se trataría de provisión de un cargo clasificado como de libre nombramiento y remoción, pero sometido a criterio de mérito, en términos de razonabilidad y consideración de los principios de la función pública, más no en términos de evaluación o competencia, como sucede con los concursos.

Este mismo entendimiento, se encuentra en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Honorable Consejo de Estado, de noviembre 10 de 2015¹³, donde se manifestó:

“Ahora bien en el caso consultado, los debates legislativos dan cuenta de que el Acto Legislativo 02 de 2015, al utilizar la expresión convocatoria pública optó por un mecanismo de selección

¹¹ Es más, en términos generales, bien puede afirmarse que la ley 909 de 2004, solo trae dos clases de empleos, (i) aquellos sometidos a carrera administrativa y (ii) aquellos de libre nombramiento y remoción, pues, el texto íntegro de la norma, así lo considera. Lo mismo ocurre si se lee el art. 125 constitucional.

¹² Corte Constitucional. Sentencia C – 034 de 2015.

¹³ Expediente con radicación interna 2274. C.P. Dr. Álvaro Namén Vargas.

que si bien se funda en los mismos principios básicos de los concursos públicos (incluso en cuanto al criterio del mérito), se diferencia de estos que al final del proceso de selección las corporaciones públicas, conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados. Se entendió que si se adoptaba un concurso de méritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificación de los aspirantes, lo que se consideró como una reducción indebida de la autonomía de las corporaciones públicas. Por tanto se dijo, era necesario acudir a un sistema transparente, público, objetivo y basado en el mérito, pero que fuera distinto al concurso público en cuanto permitiera al órgano elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selección.

(...)

De este modo y además de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artículo 126 constitucional alude a una y otra como figuras separadas (al señalar que la convocatoria aplicará “salvo los concursos regulados por la ley”), la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso diferenciar la convocatoria pública del concurso público de méritos del artículo 12 de la constitución política, particularmente porque en los procesos de selección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superen las etapas de selección, tal como ocurre en el concurso de méritos.

Así pues el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la lista de elegibles, aspecto que constituye un elemento diferenciador entre las convocatorias públicas de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la constitución política, y el concurso público de méritos a que alude el artículo 125 de la misma carta. Puede decirse que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos.

En consecuencia debe advertirse, como se evidencia también en los apartes del debate legislativo anteriormente transcritos, que el concepto de convocatoria pública pese a no ser equivalente al de concurso público de méritos, si tiene elementos importantes de similitud, con este último al compartir la misma razón jurídica: asegurará mediante un procedimiento reglado, la mayor participación posible de interesados, la evaluación de sus méritos y la selección de los mejores candidatos a cargo.

(...)

En este sentido, la sujeción a la ley y a un mínimo de principios orientadores (en esencia comunes a los de los concursos de mérito), tiene entonces el propósito de ordenar la forma de hacer la elección y de garantizar que la convocatoria pública sea un procedimiento esencialmente reglado, sin perjuicio del margen de apreciación que se reserva a las corporaciones públicas

(...)

Por lo tanto, es claro que la convocatoria pública no implica absoluta discrecionalidad o liberalidad del órgano elector, pues en cualquier caso ese procedimiento queda sujeto, conforme al artículo 126 de la constitución política a la regulación legal y a los principios de mérito, equidad de género, publicidad, participación, y transparencia (...)

En síntesis, puede decirse que los principios, métodos y procedimientos de los concursos públicos de mérito son compatibles con el concepto de convocatoria pública de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la constitución política, salvo por el hecho de que en la etapa final del proceso no existe un orden específico, dentro de la lista de elegibles.”

Ahora bien, en punto de lo que debe entenderse por criterio de mérito, además de aceptarse que frente a lo tratado, debe ser del resorte del legislador, la sola expresión, que no puede ser traída analógicamente, en tanto el cargo de Contralor Departamental, asemeja más a un cargo de libre nombramiento y remoción, resulta ser un concepto jurídico indeterminado, ya que el mérito, como criterio para la provisión de un cargo, puede ser verificable a través de distintos medios, que bien

pueden no ser de calificación, que van desde la sola presentación de la hoja de vida, hasta elaborados y complicados sistemas que lo valoren, insistiéndose en que no se trata de evaluación de conocimientos del aspirante, pues, si esto fuera así, la idoneidad que pueden otorgar ciertos títulos, se iría al traste, aunque tampoco puede descartarse.

Para aclarar la idea, valga la pena mencionar las acepciones que puede tener la expresión mérito, a tenor de la doctrina:

“Convendría distinguir tres usos distintos del concepto de ‘mérito’, para intentar clarificar su papel en tanto virtud a potenciar en una empresa:

1.- En primer lugar el mérito consiste en un conjunto de competencias actualizadas y efectivamente puestas en acción.

Así decimos que ‘tiene mérito’ haber consolidado una empresa, haber cambiado la imagen de una marca o haber informatizado un servicio...

2.- En segundo lugar el mérito pone en valor la distancia entre el punto de partida y el punto de llegada, o la competencia adquirida.

Así un título universitario, por ejemplo, es un mérito, pero lo es más en algunas universalidades que en otras. Y en ese sentido tiene mérito aumentar la facturación cuando estaba por los suelos; y un individuo tiene mérito por su esfuerzo, porque saliendo de la nada (o de muy poca cosa) construyó algo sólido.

3.- Y finalmente, el mérito constituye una competencia de orden moral.

En este sentido, el mérito se identifica con el prestigio, la virtud o el carácter, con un cierto ‘saber estar’ y ‘saber hacer’ especialmente valioso en situaciones conflictivas o de riesgo. Así ‘mérito’ y ‘carisma’ vendrían a ser casi sinónimos”¹⁴. (Negrillas para resaltar)

Reafirmandose así, la tesis según la cual, se hace necesario reglamentar de manera específica el Acto Legislativo 02 por el legislador, para saber, concretamente, cuál sería el procedimiento a seguir en estos casos, instituyéndose en consecuencia, una omisión legislativa absoluta, que da al traste con los cargos planteados, desechándose con ello, cualquier tipo de interpretación sistemática.

Aunado a lo anterior, considera la Sala, que estudiados los elementos probatorios aportados al plenario, se constata la existencia de un procedimiento de convocatoria pública, que si bien denota una etapa de inscripción, presentación y verificación de documentos, con participación de personas de ambos sexos, no se tiene certeza de la técnica que es asumida, para valorar los criterios de mérito específicos, sin que con

¹⁴ ALCOBERRO, Ramón. El criterio de mérito y la empresa ética. EN: <http://www.alcoberro.info/pdf/eticaemp12.pdf>.

ello se quiera decir, que la Asamblea Departamental de Sucre, haya obviado, la exigencia de los principios consignados en la convocatoria pública en mención.

Nótese, que en el acta que recoge la elección del Contralor Departamental, no fue ajeno a los diputados la consideración del procedimiento de elección, reglado en el Acto Legislativo No. 02 de 2015.

Y es que se ha de precisar, que muy a pesar de la evidencia común de elementos, entre el concurso público de méritos y la convocatoria pública, consignada en los artículos 178A, 231, 257, 267y 272 de la Constitución Política, lo cierto es, que ambos mecanismos de selección, difieren en algunos aspectos, entre ellos, la adopción de la selección y con ello la valoración de los componentes de mérito, donde si bien este último, es exigible en un escenario constitucional, como el instituido por el Acto Legislativo 02 de 2015, ausente de reglamentación, se insiste, ello no implica que su análisis y estudio, no se pueda ejercer a través de sendos mecanismos, como la apreciación de los requisitos a través de las hojas de vida de cada uno de los aspirantes, las cuales dicho sea de paso, no se allegaron al expediente, para verificar en últimas, que el señor ARRÁZOLA SÁENZ, no cumplía con las exigencias de mérito, que se discuten a la hora de solicitar la declaratoria de nulidad de su elección.

Por lo tanto, al no existir elementos de juicio que permitan entender, la realidad del procedimiento de convocatoria realizado, para proveer el cargo de Contralor Departamental de Sucre, a más de la ausencia de reglas claras, en la asunción de componentes de mérito para el efecto y la duda predicable, en torno a la ilegitimidad sustentable de la potestad discrecional¹⁵ mínima de la elección, no es posible concluir que se hayan configurado los cargos propuestos por la parte actora, esto es, infracción de las normas en que debe fundarse y expedición irregular, en relación con el acto de elección del señor MIGUEL ALFONSO ARRÁZOLA SÁENZ como Contralor Departamental de Sucre para el período 2016-2019.

Sobre el particular, esta Corporación ya tuvo la oportunidad de pronunciarse,

¹⁵ Vale la pena en este tópico traer a colación lo manifestado por el Dr. Hugo Alberto Marín Hernández quien en su libro discrecionalidad administrativa –Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pág. 175- parafraseando a BACIGALUPO, sostuvo: *"En este sentido, la definición propuesta por BACIGALUPO, también podría catalogarse como material, pues va más allá de la referencia a la escasa densidad regulativa de la actividad de la administración que hace la norma habilitante, e implica la valoración o apreciación del interés público en el caso concreto, a través de la fijación de los criterios objetivos decisionales que mejor conducen al actuar administrativo a su satisfacción."*

mediante sentencia del 30 de junio de 2016, dentro del Rad. No. 70-001-23-33-000-2016-00012-00, siendo demandante la Procuraduría 44 Judicial II Delegada ante el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, contra el acto de elección de la señora MARABIS CAROLINA MORALES VIVERO como secretaria de la ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SUCRE -2016- arribando a las mismas conclusiones.

Se reitera además, que las pruebas aportadas al expediente no arrojan elementos de convicción para concluir que en la convocatoria pública adelantada por la Asamblea Departamental de Sucre para elegir al Contralor Departamental se haya omitido tener en cuenta reglas de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito. Respecto de esto último es decir, las condiciones de mérito, la cual es resaltada por la parte actora, es necesario recordar que si bien mediante informe de la Procuraduría Regional de Sucre se manifestó que no existió un examen de las hojas de vida para verificar el cumplimiento de requisitos, cuestión distinta se consignó en el Acta No. 003 del 6 de enero de 2016, en la que varios diputados manifestaron haber realizado un análisis de las hojas de vida, y se resaltó la presencia de aspirantes de grandes cualidades profesionales y éticas.

Por demás, no puede esta Sala entrar a debatir la prueba o no de condiciones de mérito, en tanto, como se dijo con anterioridad, la convocatoria pública dispuesta en el artículo 272 superior difiere de la noción de concurso de mérito como lo enseña el artículo 125 *idem*, de modo que las condiciones de mérito pueden reflejarse a partir de diversas manifestaciones a lo largo de las etapas desarrolladas, en la medida en que ese solo concepto comporta diferentes acepciones, las cuales, para el caso de la convocatoria en cuestión, corresponde al legislador definir su alcance, lo cual a la fecha no se ha hecho.

Así las cosas, las circunstancias fácticas que fundamentaron la pretensión de nulidad del acto de elección del señor MIGUEL ALFONSO ARRÁZOLA SÁENZ como Contralor Departamental de Sucre para el período 2016-2019 no se acreditaron, y por tanto, los cargos formulados, deben desestimarse.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,



FALLA:

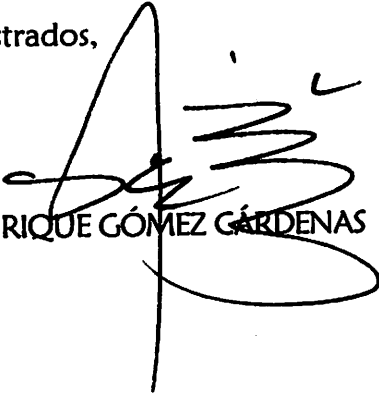
PRIMERO: NIÉGUENSE las pretensiones de la presente acción, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: En firme este fallo, **ARCHÍVESE** el expediente, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta N° 114.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


CESAR ENRIQUE GÓMEZ GÁRDENAS

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA
Ausente con permiso


RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY