



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: Eduardo Javier Torralvo Negrete.

Sincelejo, trece (13) de marzo de dos mil veinte (2020)

Instancia: Primera.
Asunto: Admisión de demanda y decisión de medida cautelar.
M. de Control: Nulidad Electoral
Proceso: 70-001-23-33-000-2020-00035-00.
Demandante: Elkin Monterroza Gómez.
Demandado: Acto de elección de Vivian Montaña González como Contralora Municipal de Sincelejo.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a proveer sobre la admisión de la demanda presentada contra el acto que declara la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ como Contralora Municipal de Sincelejo, así como a resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos de dicho acto, pedida como medida cautelar en escrito presentado al tiempo con la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda.-

El señor ELKIN MONTERROZA GÓMEZ, en nombre propio, presenta demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, con el objeto de que se declaren las siguientes pretensiones:

"LO QUE SE DEMANDA.

1.- Declarar la nulidad parcial del acta # 007 del 10 de enero de 2020, proferida por el Concejo Municipal de Sincelejo, por la (sic) cual se declara la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, como Contralora Municipal de la ciudad de Sincelejo para el periodo 2020-2021, por haber incurrido la elegida en la

inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política al haber ejercido un cargo del orden ejecutivo a nivel municipal en el año inmediatamente anterior a la declaratoria pública de su elección, igualmente por encontrarse la demandada incurso en las circunstancias establecidas en el artículo 95-2 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, puesto que como empleada pública ejerció autoridad administrativa dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección, como Contralora (e) Municipal de Sincelejo...

(...)”

Como hechos que sustentan sus pretensiones, señala, en síntesis, que el día 10 de enero de 2020, el Concejo Municipal de Sincelejo mediante Acta # 007 en sesión ordinaria y en audiencia pública, declaró la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, (...), como Contralora Municipal de Sincelejo.

Para el momento de la elección, la señora MONTAÑO GONZÁLEZ se encontraba inhabilitada para desempeñar aquel cargo, como quiera que antes y para el día de la elección, fungía como Contralora (Encargada) del Municipio de Sincelejo, nombrada mediante Resolución proferida por la Alcaldía Municipal de Sincelejo No. 2488 del 29 de mayo de 2019; fecha desde la cual y hasta el momento de su elección, ejerció las labores propias de dicho cargo sin solución de continuidad.

Asimismo, pone de presente que la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, antes de ser nombrada como Contralora (E) del Municipio de Sincelejo, ocupó el cargo de Directora de Control Fiscal de la Contraloría Municipal de Sincelejo.

El cargo de Contralora (E) del Municipio de Sincelejo, durante el año inmediatamente anterior a la elección, le confiere facultades para la expedición de actos administrativos, la concesión de licencias, vacaciones, comisiones, asignación de funciones, afectación del presupuesto de la entidad, lo que comporta el ejercicio de autoridad administrativa, y por tanto, la elegida está incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

El de Contralor Municipal de Sincelejo, es un cargo del nivel ejecutivo, de ahí que también se configure la causal de inhabilidad señalada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política.

2. La solicitud de suspensión provisional del acto de elección como medida cautelar.

En escrito separado de la demanda, el demandante solicita como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora VIVIAN MONTAÑO GONZÁLEZ, como Contralora Municipal de Sincelejo, contenida en el Acta N° 007 del 10 de enero de 2020, proferido por el Concejo Municipal de Sincelejo en sesión ordinaria y audiencia pública.

Advierte que la señora MONTAÑO GONZÁLEZ, se desempeñó dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección, como Contralora Municipal (e) de Sincelejo, cargo en el que se ejerce autoridad administrativa dentro del mismo municipio.

Por ello, su elección como Contralora Municipal de Sincelejo resulta ilegal, por su incursión en las inhabilidades consagradas en el inciso 8º del artículo 272 de la C. P., y en el artículo 95, numeral 2º de la Ley 136 de 1994, al haber ocupado un cargo que incumbe funciones de autoridad administrativa dentro del lapso señalado en tales normas.

En desarrollo y sustento de su solicitud, además de las consideraciones expuestas en el concepto de violación de la demanda, expone que:

La inhabilidad contenida en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política – norma de superior jerarquía – resulta agredida con la elección de la señora MONTAÑO GONZÁLEZ como contralora municipal para el período 2020-2021, por haber ocupado el cargo de Contralora (E) del Municipio de Sincelejo, durante los doce (12) meses anteriores a la declaratoria de elección como Contralora Municipal de Sincelejo, cargo que es considerado del nivel ejecutivo en el orden municipal y al que incumben prácticas o tareas de autoridad administrativa.

En ese hilo, el actor argumenta:

"(...)

La norma constitucional agraviada busca o tiene por finalidad que la inhabilidad se establezca o configure, al desempeñar cargos de la más alta jerarquía dentro de la estructura funcional de la administración pública. La Constitución Política como norma superior no establece que para determinar, lo se entiende (sic) como cargo del nivel ejecutivo, se acuda a algún tipo de nomenclatura funcional, lo que establece la Constitución en su artículo 272 inciso 8º es que se cierren las posibilidades de acceder a los cargos sujetos a escogencia, a todas las personas que de alguna manera influyan o hubiesen podido influir de manera precisa en su propia elección, nombramiento o designación. No es el tenor literal de la norma superior lo que define la inhabilidad que ahora se pregona, sino, que es la capacidad, que por el ejercicio del cargo que desempeñaba, lo que podría, con su sola influencia, determinar su propia elección. No propongo una interpretación extensiva de la norma citada como violada, sino que el efecto útil de esta norma protege principios de rango superior, como lo son, dentro del ejercicio de la función pública, los de publicidad, razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, ya que también es propósito de la norma proteger el acceso a cargos públicos de todos los asociados, (...).

(...)

De igual manera la norma constitucional atacada con la elección de una persona inhabilitada, tiene como propósito inelegible que, el funcionario seleccionado no pueda o no tenga la posibilidad de controlar en el futuro, los actos que él mismo expidió en el desempeño de sus funciones anteriores, más aun cuando se trata de una contralora en calidad de encargada y posteriormente sin solución de continuidad llega a ser titular de la misma contraloría municipal. La señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ ejerció el control sobre el presupuesto municipal de Sincelejo y sobre las entidades que les correspondió ejecutarlo, entre ellas, el Concejo Municipal de Sincelejo, que determinó elegirla como Contralora Municipal de la misma ciudad, sin mirar por error, si se encontraba inhabilitada a las luces de la norma citada. El artículo 272 en su inciso octavo constituye un verdadero margen de protección al aspirante no inhabilitado, al establecer una clara restricción a quienes con su poder de intimidación acceden o tratan de acceder a estos cargos.

La señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ fue nombrada mediante la Resolución 2488 del 29 de mayo de 2019, por el señor Alcalde Municipal de Sincelejo, en el cargo de Contralora Municipal de Sincelejo en calidad de encargada, dicho nombramiento se mantuvo y lo ha venido ejerciendo hasta el día de la elección en propiedad, adquiriendo su calidad de contralora en propiedad por la elección realizada por el Concejo Municipal. No existe duda ninguna que ejerció el cargo de contralora municipal encargada y no existe duda ninguna sobre sus actuaciones en desarrollo del ejercicio de control fiscal sobre el Concejo Municipal que la eligió.

El artículo 272 de la C.P en el inciso anotado, no preceptúa condicionamiento alguno para determinar si se trata de una norma de contenido abierto, se trata de una norma de contenido restrictivo funcional que evita lo que he denominado "yo te vigilo tú me eliges". Luego entonces la finalidad de la norma es evitar la presencia

de conflicto de intereses que despojaría de contenido la defensa del interés general si se llega a permitir que el elegido controle posteriormente sus propios actos expedidos en el mismo cargo que se hace elegir y no permita con su poder de intimidación, la elección de quien democráticamente espera acceder al mismo cargo en las mismas condiciones.

*La función de los Concejos Municipales al elegir a quien ha de desempeñar el cargo de contralor o personero, es una función eminentemente democrática, es la manifestación del acceso en igualdad de condiciones a la función pública, entonces el Concejo Municipal debe o mejor tiene, la obligación de evitar cualquier perturbación al interés público, y este caso se observa atacado, humillado con la conducta de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ quien manifiesta en plenaria del Concejo Municipal y ante el interrogatorio que se le hace, que ella no se encuentra inhabilitada para aspirar y ejercer el cargo de Contralora Municipal de Sincelejo, peor aun, sucede cuando la mayoría de los concejales de Sincelejo muy a pesar de estar advertidos por dos de sus miembros, que una de las aspirantes se encuentra inhabilitada, proceden con la elección y juramentación de la elegida, manifestando que asumen el riesgo de una denuncia penal o de carácter disciplinario. Este es un desafío al sistema de confianza debida que merecen todos los ciudadanos que aspiran a manejar la función pública en igualdad de condiciones.
(...)*

Visto lo acabado de citar, es natural que se trata de un contencioso objetivo cuya prueba requerida se reduce a demostrar de manera objetiva el desempeño del cargo dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección como contralora municipal, mas sin embargo, la norma citada como ofendida en este acápite, exige varios elementos para que se pueda considerar establecida la inhabilidad; el primer elemento solicitado en la norma es de carácter temporal, es decir que la señora, es esta caso particular, VIVIAN MARIA MONTAÑO GONZÁLEZ, estuviera desempeñando dentro de un tiempo anterior establecido, funciones con atribuciones de autoridad administrativa, o sea, doce meses antes de su elección. Este elemento se demuestra con el nombramiento que le hace la alcaldía municipal de Sincelejo como contralora encargada en el mes de mayo de 2019. El segundo elemento solicitado en la norma, es el territorial, es decir, que el ámbito de sus competencias se hubiera desarrollado en un ente con competencias atribuidas dentro del municipio de Sincelejo. Sus actos tienen esa capacidad y se cumplieron en ese orden en esta ciudad. El tercer elemento es modal, esto es, que el cargo desempeñado por el cual se le considera inhábil o carente de aptitud para desarrollarlo, es del nivel directivo con capacidad de influencia.

En cuanto a la ilegalidad de la elección, por violación a la inhabilidad de que trata el artículo 95 numeral 2 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 37 de la ley 617 de 2000, luego de transcribir su texto, expone que:

"Se trata de una norma aplicable a los Contralores Municipales que anteriormente era considerada por el Honorable Consejo de Estado como una norma de carácter residual, en tanto que la norma aplicable para estos casos sería la establecida en la Constitución Política art 272-8, y no la Ley 136 de 1994. Sin embargo, la misma corporación judicial ha variado su posición en ese sentido y considera que esta norma tiene una finalidad distinta a la norma superior y por esa interpretación se establece que no son excluyentes, sino que son normas de carácter complementario, puesto que el ámbito de protección que despliega cada una de ellas, es completamente distinto, pero el objetivo de ellas es común. Ambas protegen al final los principios de igualdad e imparcialidad entre otros.

La jurisdicción especial a (sic) establecido que el artículo 163 de esta misma Ley 136 de 1994, debe ser considerado como norma remisoría de carácter expresa para los contralores, por lo que debe entenderse que se les aplicará la norma remisoría en lo pertinente a quienes se encuentren en dichas causales de inhabilidad. Por lo tanto, la inhabilidad que se consagra en el artículo 95 de la Ley 136 en su numeral segundo les resulta aplicable a quien sea elegido estando inhabilitado por haber ejercido autoridad administrativa dentro de los doce (12) meses inmediatamente anteriores a la elección, dentro de un ámbito territorial determinado. Esta norma tiene una finalidad concurrente con la norma constitucional inhabilitante, busca de la misma manera equilibrio en el acceso a la función pública y que bajo ninguna circunstancia, quien aspira al cargo pueda favorecer su propia candidatura ante el Concejo Municipal, ya que serían sus potestades o sus propias prerrogativas las que ejercería en función de su beneficio electoral. El desempeño de las funciones de la señora VIVIAN MARIA MONTAÑO GONZÁLEZ fueron su plataforma política para obtener el beneficio de los concejales del Municipio de Sincelejo, en este caso no se deben demostrar las apreciaciones subjetivas de la entonces candidata a contralora, se trata de un contencioso objetivo demostrable con la simple evidencia del desempeño del anterior cargo de contralora municipal de Sincelejo y con la expedición de actos administrativos por medio de los cuales ejerció autoridad administrativa. (...)

(...)"

3. Trámite de la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Previo a la admisión de la demanda, mediante auto del 20 de febrero 2020, se ordenó el traslado de la solicitud de suspensión provisional a la elegida, señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ; al CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO, y al Agente del Ministerio Público.¹

¹ Al respecto de dicha oportunidad de traslado, se pueden ver, Autos del 9 de agosto de 2018 y 13 de diciembre de 2018. Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicados 2018-00628-00 y 2018-00077-00.

3.1. Traslado de la petición.

Atendieron el traslado de la solicitud de suspensión provisional, la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ y el CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO, en los siguientes términos:

- **La elegida, señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ².**

La señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, mediante apoderado judicial, presenta escrito dentro de la oportunidad otorgada en auto de 20 de febrero de 2020, haciendo mención de los requisitos formales y materiales que exige la Ley 1437 de 2011, para la procedencia de la suspensión provisional de los efectos de actos administrativos como medida cautelar.

En explicación de ello, sostiene que la solicitud del demandante, además de ser imprecisa argumentativamente, no cumple con los presupuestos normativos y fácticos exigidos por el inciso 1º del artículo 231 del CPACA, para deprecar en su favor el pedimento cautelar, en razón de que no realizó la confrontación normativa del acto demandado con las normas superiores del ordenamiento jurídico, que permitan concluir su violación. De igual manera, el actor no presenta argumentos que permitan concluir, mediante juicio de ponderación de intereses, que de no obtener la cautela se afectaría el interés público, como tampoco determinó el perjuicio irremediable causado, si no se accede a la medida, sino que solo se limita a decir conjeturas, lo que hace nugatoria la pretensión cautelar.

Expuesto lo anterior, pasa a explicar la inhabilidad consagrada el artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019, señalando que esa normativa fija los requisitos positivos y negativos para ser Contralor Territorial, siendo los primeros, aquellos que son habilitantes para acceder a ese cargo público, y los segundos, los referidos a los requisitos de inelegibilidad o inhabilidad para el ejercicio de la función pública.

De ese modo, los requisitos positivos para aquel fin, son: (i) ser colombiano de nacimiento; (ii) ciudadano en ejercicio; (iii) tener más de 25 años de edad; acreditar título universitario y las demás que establezca la Constitución y la

² Folios 260 a 264, c. 1.

ley. Por ello, según esto último, la competencia del legislador, es para los requisitos de acceso. Ahora, frente a los negativos, la norma constitucional de manera expresa e inequívoca, precisa una sola inhabilidad referida a que quienes hayan ocupado cargo público en la Rama Ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal; de suerte que no pueden hacerse reenvíos normativos como lo pretende el demandante.

Siendo así, frente al cargo de violación al régimen de inhabilidades formulado por la parte demandante, sostiene que la regla prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política dispone que el cargo inhabilitante para ser contralor territorial, es de aquellos que hacen parte de la Rama Ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal, según sea el caso. Por ello, dice que las Contralorías, si bien hacen parte de la estructura del Estado como ente de control, no hacen parte de ninguna de las ramas del poder público, como tampoco del nivel central o descentralizado, en consecuencia, el cargo que ostentaba la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ no es de los que trata el inciso 8º del artículo 272 de la Carta Superior; de ahí que no se configure la causal de inhabilidad deprecada por el actor.

Ahora, respecto que la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ haya ocupado el cargo de Contralora Municipal encargada, en el año anterior a la declaratoria de elección como contralora municipal titular, para el período 2020-2021, la Corte Constitucional en sentencia C – 126 de 2018 – decisión invocada por el actor para sustentar dicho cargo -, declaró inexecutable la expresión “o como encargado” contenida en el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994; de suerte, que bajo ese supuesto tampoco se configura ninguna inhabilidad para ser elegida.

Anota que el actor no puede darle una interpretación distinta o adicional con respecto al encargo de contralor, determinado por la Corte Constitucional en las sentencias C – 1372 de 2000 y C – 126 de 2018, *“toda vez que el supuesto que se quiere invocar es el mismo que motivó la demanda de inconstitucionalidad con respecto a que la respectiva inhabilidad que traía consigo el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, en el sentido que el funcionario que desempeñe las funciones de Contralor Municipal en calidad de encargado puede aprovechar el cargo en su propio interés, bien ejerciendo presión sobre los nominadores para que su nombre sea considerado en la elección correspondiente, o ejerciendo control sobre las*

actuaciones que ha podido desempeñar con anterioridad, por lo que la Corte Constitucional despachó desfavorablemente tal interpretación, declarando inexecutable la expresión "o por encargo" de la norma anteriormente transcrita."

Por eso, en relación con aquel cargo, el acto de elección se ajusta a derecho, sin que se desconozca lo preceptuado en el inciso 8º del artículo 272 de la C. P., por tanto, la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ no se encuentra inhabilitada para ejercer el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, período 2020-2021.

De otro lado, en lo que concierne al cargo de conflicto de intereses también expresado por el actor, manifiesta que el acto demandado no está inmerso en ningún conflicto de intereses, debido a que no tomó ninguna decisión que afecte el interés público por encima del particular.

Por último, propone que se inapliquen los artículos 95 y 163 de la Ley 136 de 1994 por razones de inconstitucionalidad, con fundamento en el artículo 4º de la Carta Política que consagra el principio de supremacía constitucional.

Sobre el particular, indica que el Acto Legislativo 04 de 2019, que modificó el artículo 272 de la C. P., refiere a los requisitos positivos para ser contralor territorial, tal como ya lo había indicado, empero, dicho texto constitucional señaló también aquellas "*calidades que establezca ley*", precepto éste que debe entenderse que al legislador únicamente le incumbe ampliar las exigencias para acceder a ese cargo, más no ampliar o extender el régimen de inhabilidades establecido por el constituyente, de manera precisa al señalar a quienes ocupen cargos de la Rama Ejecutiva del orden territorial en el año anterior a la elección.

Así, para la defensa de la elegida, "*se atisba una clara incompatibilidad entre el texto constitucional y las normas del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 y su reenvío al artículo 95 del mismo régimen municipal, toda vez que dada su mutua contradicción, no pueden imperar y aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, el legislador ampliar (sic) los requisitos de carácter negativos de inhabilidad para ser contralor municipal por encima de lo dispuesto en el texto constitucional, se erige en una oposición tan grave entre las disposiciones de*

inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no pueden regir de forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición permite concluir que hay ruptura entre la norma infraconstitucional con el texto superior...”.

En razón de lo expuesto por la defensa de la demandada, ésta solicita que se niegue la petición de medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del acto de elección demandado, como quiera que esa decisión está conforme a derecho.

- **CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO.**³

Esta Corporación, mediante apoderado judicial, describió el traslado, solicitando que no se acceda a la suspensión provisional de los efectos del acto de elección acusado, como quiera que no se cumplen los requisitos sustanciales para su procedencia, ya que de la confrontación de aquel acto con las normas invocadas, no se avizora violación a norma superior alguna.

Aduce que la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ actuó como Contralora Municipal encargada y no en propiedad, factor éste que no genera inhabilidad, pues la Corte Constitucional en sentencia C – 126 de 2018, declaró inexecutable el apartado legal que enunciaba “el encargo” contenido en el artículo 163, literal a), Ley 136 de 1994.

Por su parte, el **Agente del Ministerio Público**, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.-

Conforme el numeral 8^o del artículo 152 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de la demanda de nulidad

³ Folios 237 a 244.

⁴ 8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, **contralores municipales** y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o **que sean capital de departamento**. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.

electoral promovida contra el acto que declaró la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ en el cargo de CONTRALOR MUNICIPAL DE SINCELEJO, capital del Departamento de Sucre, para el período 2020-2021, decisión consignada en el Acta N° 007 del 10 de enero de 2020, y efectuada por el Concejo Municipal de Sincelejo.

En tales condiciones, la Corporación está facultada para proveer sobre la admisión de la demanda y decidir sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en los términos del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

2. La admisión de la demanda.-

Para la admisión de la demanda, en materia electoral, el C.P.A.C.A exige: (i) la presentación de la demanda en la oportunidad prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 164⁵; (ii) el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 162; (iii) la individualización de las pretensiones de que trata el artículo 163, y el (iv) acompañamiento de los anexos señalados en el artículo 166; además, si es del caso, la debida acumulación de causales de nulidad a que se refiere el artículo 281 *ibídem*.

En el caso concreto, respecto de la presentación oportuna de la demanda electoral, se advierte que fue interpuesta dentro del plazo legal, puesto que el acto de elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ en el cargo de CONTRALOR MUNICIPAL DE SINCELEJO, período 2020-2021, se expidió en audiencia celebrada el día 10 de enero de 2020, y la radicación de aquella se produjo el día 11 de febrero del año en curso⁶.

⁵ 2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1o del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación;

⁶ El tiempo de presentación oportuna fenecía el 21 de febrero de 2020.

Ahora en cuanto a los aspectos formales de la demanda, esto es, los requisitos previstos en el artículo 162 del CPACA, se tiene que las pretensiones se formulan de manera concreta y precisa, el acto administrativo demandado se individualizó en debida forma, aunado a que la demanda incluyó la designación de las partes, la descripción de los hechos, las normas violadas y el concepto de su violación, en el que se explican los cargos de nulidad - estableciéndose como posible causal de nulidad la inhabilidad de la elegida-, la solicitud de pruebas que el actor pretende hacer valer en el proceso y las direcciones para las respectivas notificaciones. De igual manera, reposan cada uno de los anexos que exige el artículo 166 del CPACA.

En consecuencia, como la demanda cumple con las exigencias legales, habrá de ser **admitida**.

3. Generalidades de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo.-

El artículo 238⁷ de la Constitución Política dispone que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente los efectos de cualquier acto administrativo susceptible de ser impugnado por vía judicial, por los motivos y por los requisitos que establece la ley.

Así mismo, en el capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se estableció la posibilidad de decretar medidas cautelares en los procesos que se adelanten ante esta jurisdicción.

El contenido de dicha regulación permite que el juez pueda decretar una amplia gama de medidas de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa y de suspensión, pero es claro que frente a los actos administrativos, tanto de carácter general como particular, opera principalmente la suspensión provisional de sus efectos.

A partir de las normas que regulan las medidas cautelares y según lo

⁷ "ARTICULO 238. La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial."

dispuesto en el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011⁸, la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo exige la "*petición de parte debidamente sustentada*".

En particular, el contenido del artículo 231⁹ de la Ley 1437 de 2011, dispone que la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado, procederá "*por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*". (Negrillas fuera del texto).

Con especificidad respecto de la suspensión provisional dentro del proceso de nulidad electoral, el inciso final del artículo 277 *ejusdem* establece una regla especial del siguiente tenor:

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

En esta línea, según las normas citadas, respecto de la suspensión provisional

⁸ "ARTÍCULO 229. PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, **a petición de parte debidamente sustentada**, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento (..)"

⁹ "ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos.

En los demás casos, las medidas cautelares serán procedentes cuando concurren los siguientes requisitos:

1. Que la demanda esté razonablemente fundada en derecho.
2. Que el demandante haya demostrado, así fuere sumariamente, la titularidad del derecho o de los derechos invocados.
3. Que el demandante haya presentado los documentos, informaciones, argumentos y justificaciones que permitan concluir, mediante un juicio de ponderación de intereses, que resultaría más gravoso para el interés público negar la medida cautelar que concederla.
4. Que, adicionalmente, se cumpla una de las siguientes condiciones:
 - a) Que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable, o
 - b) Que existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios.

del acto administrativo en materia electoral, se define que: **(i)** la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; **(ii)** dicha violación surge del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud; y **(iii)** dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.

De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez en la correspondiente admisión de la demanda.

Así, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos con los elementos de prueba arrojados hasta esta etapa del proceso para determinar la procedencia de la medida.

Sobre la suspensión del acto administrativo de carácter electoral, el H. Consejo de Estado¹⁰, ha sentado las siguientes consideraciones:

"De la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado.

La medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar que es, según las voces del artículo 229 del C. de P. A. y de lo C. A. exige "petición de parte debidamente sustentada", y acorde con el artículo 231 ibídem, procederá "por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud".

La nueva norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar, ya con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o ya en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación. 2º) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si la violación de las disposiciones invocadas, surge, es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal - cuando el proceso apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO.SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.SECCION QUINTA .Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Auto del 24 de enero de 2013. Radicado. 11001-03-28-000-2012-00071-00.

acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”

De esta manera, lo que en el nuevo Código representa variación significativa en la regulación de esta figura jurídico-procesal de la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, con relación al estatuto anterior, radica en que antes era exigencia sine quanon, que la oposición normativa apareciera manifiesta por confrontación directa con el acto o mediante los documentos públicos adicionales con la solicitud. Entonces ello excluía que el operador judicial pudiera incursionar en análisis o estudio pues la transgresión debía aparecer prima facie. Ahora, la norma da la apertura de autorizar al juez administrativo para que desde este momento procesal, obtenga la percepción de si hay la violación normativa alegada, pudiendo al efecto: 1º) realizar análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas, y 2º) que también pueda estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.

En síntesis, la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado, es procedente, siempre y cuando se acredite que existe violación de las disposiciones y que dicha transgresión surja del análisis del acto y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

4. Solución de la solicitud de la medida cautelar.-

De conformidad con lo señalado en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, para que se pueda decretar la suspensión provisional de un acto administrativo¹¹, debe realizarse un análisis del acto acusado frente a las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda o en la solicitud, según corresponda, para así verificar, si hay una violación de aquellas, al hacer su confrontación, o con apoyo en el material probatorio obrante al momento.

Ello implica que el demandante deba sustentar su solicitud e invocar las normas que considera desconocidas por el acto acusado y que el juez encargado de su estudio, realice un análisis de esos argumentos y de las pruebas aportadas con la solicitud para determinar, la viabilidad o no de la medida, la que dependerá, de si de tal análisis y confrontación, surge la ilegalidad que se achaca al acto.

Pues bien, conforme los antecedentes, el acto acusado, corresponde al de elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en el cargo de

¹¹ El que declara una elección, es una especie de ese género.

CONTRALOR MUNICIPAL DE SINCELEJO, período 2020-2021, decisión que se consigna en el Acta N° 007 del 10 de enero de 2020¹² del Concejo Municipal de Sincelejo.

Para efectos de desatar la solicitud de medida cautelar pedida por el actor, es menester que se confronte el acto de elección acusado con las normas que se aducen como violadas, junto con los elementos de convicción aportados con la petición cautelar y la demanda.

Ahora, para ello, debe identificarse el concepto de violación planteado por la parte actora, la cual estriba en que aquel acto se encuentra viciado de nulidad, al transgredir normas de orden constitucional, como la del inciso 8° del artículo 272 de la Constitución Política, y de orden legal, como la prevista en el numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, aplicable en virtud de la expresa remisión del literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

Sustenta sus afirmaciones de infracción normativa, considerando básicamente, que la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, ocupó en el año anterior a su declaratoria como Contralora Municipal de Sincelejo, período 2020-2021, el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, en encargo, en virtud de la Resolución No. 2488 del 29 de mayo de 2019, expedida por el Alcalde Municipal de Sincelejo, y al pertenecer dicho cargo, al nivel ejecutivo del orden municipal, respecto de ella se configure la causal de inhabilidad consagrada en el inciso 8° del artículo 272 de la Constitución Política.

Asimismo, advierte que al desempeñar el cargo de Contralor Municipal encargado, en los doce (12) meses anterior a su elección, ejecutó funciones y atribuciones propias de una autoridad administrativa, *verbi gracia* realizando y afectando el presupuesto de la entidad, haciendo nombramiento, entre otras, en jurisdicción del Municipio de Sincelejo, por lo que se configura la inhabilidad establecida en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, aplicable en virtud de la remisión del literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

Adicionalmente, señala que la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, por parte del Concejo de Sincelejo, se deriva de un

¹² Folios 11 a 30.

conflicto de intereses, habida razón de que ella, como Contralora Municipal encargada, presentó informe de gestión fiscal ante esa corporación, encontrando hallazgos de tipo fiscal y disciplinario, de ese ente coadministrador municipal en el año 2019. Por tal sentido, estima que esos hallazgos sirvieron de mecanismo de presión para que los concejales la eligieran, configurándose lo que el demandante llama "*yo te vigilo, tú me eliges*".

Por esas consideraciones, estima el actor que conforme las normas que cita, la señora MONTAÑO GONZÁLEZ, está inhabilitada para ocupar y ejercer el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, para el período 2020-2021, y por ende, resulta ilegal, la declaratoria de su elección.

En lo que respecta a la elegida, señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, a través de apoderado judicial, se pronunció sobre la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, en el término de traslado otorgado mediante auto de 20 de febrero de 2020, previo a la admisión de la demanda, aseverando, en síntesis, los siguientes aspectos sustanciales, en oposición a la solicitud de suspensión:

- (i) Aduce que el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, y el literal e) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, normas que el actor invoca como transgredidas en virtud del ejercicio por la elegida, de funciones que corresponden a autoridad administrativa, deben inaplicarse en el caso concreto, por inconstitucionales, con fundamento en el artículo 4º de la Carta Política, en consideración a que el constituyente habilitó al legislador para ampliar, mediante ley, los demás requisitos (calidades) para acceder al cargo de contralor territorial, más no para ampliar el régimen de inhabilidades, pues, sobre esto, el constituyente no dijo nada, de suerte que le está vedado al juez hacer una interpretación extensiva de esa disposición constitucional, como lo sugiere el actor para endilgar la inhabilidad prevista en aquellas normativas legales, como quiera que las normas regulatorias de inhabilidades, son de aplicación e interpretación restrictiva.
- (ii) No estar incurso en la causal de inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Política, modificado por el

Acto Legislativo 04 de 2019, por cuanto la inhabilidad se predica de los cargos públicos que hagan parte de la Rama Ejecutiva del orden territorial, ocupados en el año anterior a la elección, siendo que el cargo de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, dentro de aquel interregno, no hace parte de la Rama Ejecutiva del Municipio de Sincelejo, en razón de que la Contraloría Municipal de Sincelejo, como ente de control concebido constitucionalmente, está por fuera de esa rama del poder.

- (iii) No se configura causal de inhabilidad para ser Contralor Municipal de Sincelejo, en el período 2020-2021, por el hecho de ser contralora municipal encargada en el año anterior a la elección, como quiera que la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "o en encargo" estipulada en el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.
- (iv) No hay violación al régimen de inhabilidades respecto del supuesto conflicto de intereses para ser elegida como Contralora Municipal de Sincelejo, puesto que no se dan los supuestos constitucionales que configure esa situación.

Por su parte, el CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO, sostiene en concreto, que el acto demandado no tiene vicios en su legalidad, y por tanto, no hay lugar a la suspensión de sus efectos, como quiera que la elegida no está incurso en el régimen de inhabilidades, pues, el desempeño en encargo, de las labores como contralora municipal en el año anterior a la elección, no genera inhabilidad, por cuanto la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión "en encargo", que venía contenida en el literal a) del artículo 163 de la Ley 1994.

Identificadas la postura del señor ELKIN MONTERROZA GÓMEZ en calidad de demandante, y la de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ-elegida-, así como la del CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO, procede la Sala a resolver sobre la petición de suspensión provisional de los efectos del acto de elección, así:

- **Acto demandado.**

El acto acusado de ilegal y cuya suspensión provisional se pide como medida cautelar, es el de elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ,

en el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, para el período 2020-2021, efectuado por el Concejo Municipal de Sincelejo, tal como se consigna en el Acta # 007 de 10 de enero de 2020, documentos cuyos apartes pertinentes rezan:

"(...)

*El Sr. Presidente procede con la votación para el contralor municipal de Sincelejo y se nombra una comisión escrutadora conformada por los siguientes honorables concejales Jader Acosta del maíz, honorable concejal Daniel Merlano del partido liberal, José David González del partido de la U y Leonardo Fabio Rodríguez Oviedo del Partido Cambio Radical y ordena que por secretaria se muestre la urna y pide a los honorables concejales que consignen sus tarjetones en la urna y le pide a los H. Concejales de comisión escrutadora que hagan el conteo de los votos y posterior verificación de que candidato fueron consignado esos votos y le dan lectura, el H. Concejal José David González hace el conteo de votos anunciando que 16 votos para igual número de votantes. El señor presidente anuncia que hay 3 votos en blanco y **13 votos fueron para la Dra. Vivian María Montaña**, el señor presidente pide a la comisión escrutadora verificar nuevamente la votación.*

*Interpela el H. Concejal José David González quien fue escogido para la verificación de la votación y **anuncia que hay 13 votos para la Dra. Vivian María Montaña González, 3 votos en blanco y anuncia a la plenaria que queda elegida como Contralora Municipal de Sincelejo la Dra. Vivian María Montaña González.***

(...)“

- **Normas invocadas por el actor como violadas por el acto de elección.**

(i) Artículo 272 de la Constitución Política. Modificado por el Acto Legislativo 04 de 2019. *La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas en forma concurrente con la Contraloría General de la República.*

La vigilancia de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

La ley regulará las competencias concurrentes entre contralorías y la prevalencia de la Contraloría General de la República.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal, y garantizar su sostenibilidad fiscal.

La Auditoría General de la República realizará la certificación anual de las contralorías territoriales a partir de indicadores de gestión, la cual será el insumo para que la Contraloría General de la República intervenga administrativamente las contralorías territoriales y asuma competencias cuando se evidencie falta de objetividad y eficiencia.

Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 en lo que sea pertinente, según los principios de coordinación, concurrencia, y subsidiariedad. El control ejercido por la Contraloría General de la República será preferente en los términos que defina la ley.

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde.

Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de veinticinco años, acreditar título universitario y las demás calidades que establezca la ley.

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Parágrafo transitorio 1°. La siguiente elección de todos los contralores territoriales se hará para un período de dos años.

Parágrafo transitorio 2º. En un término no superior a un año la ley reglamentará el fortalecimiento financiero de las contralorías departamentales, municipales y distritales con recursos provenientes principalmente de los ingresos corrientes de libre destinación más cuota de fiscalización que aportarán los sujetos de control del respectivo departamento, distrito o municipio. Esta ley será presentada por el Gobierno y la Contraloría General de la República

(ii) Numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, aplicable en virtud de la remisión del literal c) artículo 163 *ibídem*.

ARTÍCULO 163. INHABILIDADES. <Artículo subrogado por el artículo 9o. de la Ley 177 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> **No podrá ser elegido Contralor, quien:**

a) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Haya sido Contralor o Auditor de la Contraloría Municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular **o como encargado;**

b) <Aparte tachado INEXEQUIBLE. Ver Jurisprudencia Vigencia> Haya sido miembro de los tribunales que hagan la postulación **o del Concejo que deba hacer la elección,** dentro de los tres años anteriores;

c) **Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta Ley, en lo que sea aplicable.**

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> **No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:**

1. *Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.*

2. **Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio,** o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

3. *Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de*

terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección.

- **Material probatorio del momento procesal.**

Para resolver la petición cautelar, se cuenta con las pruebas allegadas con la demanda y con el escrito de solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección, la cuales son, a saber:

- (i) Acta N° 007 del 10 de enero de 2020, del CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO, contentiva de la decisión que se demanda.¹³
- (ii) Resolución N° 2488 del 29 de diciembre de 2019, expedida por el Municipio de Sincelejo, mediante la cual se resuelve aceptar la renuncia presentada por el señor MAURICIO ANDRÉS HERNÁNDEZ IBAÑEZ, a partir del 30 de mayo de 2019, y se **designa provisionalmente en el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo a la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ**, a partir del 31 de mayo de 2019.¹⁴
- (iii) Resolución N° 092 de fecha 5 de agosto de 2019, suscrita por la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en calidad de Contralor Municipal de Sincelejo, por medio de la cual se ordena el pago de una liquidación a un ex funcionario de esa entidad.¹⁵
- (iv) Resolución N° 094 del 16 de agosto de 2019, suscrita por la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en calidad de

¹³ Folios 11 a 30.

¹⁴ Folios 31 a 32.

¹⁵ Folios 33 a 35.

Contralor Municipal de Sincelejo, en la cual se autorizan desplazamientos, se ordena el reconocimiento de viáticos y hacen unos encargos.¹⁶

- (v) Resolución N° 097 del 22 de agosto de 2019, suscrita por la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en calidad de Contralor Municipal de Sincelejo, por la cual se autoriza el pago para participar en una capacitación, se autorizan comisiones, desplazamiento, viáticos, y se hace un encargo.¹⁷
- (vi) Resolución N° 099 del 2 de septiembre de 2019, suscrita por la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en calidad de Contralor Municipal de Sincelejo, según la cual se reconoce y ordena el pago y disfrute de unas vacaciones.¹⁸
- (vii) Resolución N° 109 del 8 de octubre de 2019, suscrita por la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en calidad de Contralor Municipal de Sincelejo, donde se hace traslado de unos recursos en el presupuesto de gastos de la Contraloría Municipal de Sincelejo para la vigencia fiscal 2019.¹⁹
- (viii) Resolución N° 090 del 29 de julio de 2019, en calidad de Contralor Municipal de Sincelejo, en la cual se hace un nombramiento en el cargo de Director de Control Fiscal al señor ANTONIO JOSÉ CACERES LÓPEZ, que durará hasta la culminación de la designación provisional como Contralor Municipal de Sincelejo realizada a la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ.²⁰
- (ix) Acta N° 006 del 9 de enero de 2020, del CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO.²¹
- (x) Informe de auditoría modalidad regular, Concejo Municipal de Sincelejo, vigencia 2018, de la Contraloría Municipal de Sincelejo de fecha julio de 2019.²²
- (xi) Resolución N° 002 de 2019, por la cual se adopta el manual específico de funciones y de competencias laborales para los empleos de la planta de personal de la Contraloría Municipal de Sincelejo y se dictan otras disposiciones.²³

¹⁶ Folios 36 a 38.

¹⁷ Folios 39 a 42.

¹⁸ Folios 43 a 46.

¹⁹ Folios 53 a 55.

²⁰ Folios 56 a 57.

²¹ Folios 58 a 72.

²² Folios 74 a 110.

²³ Folios 111 a 117.

Visto el acto acusado, así como el texto de las normas señaladas como violadas por aquél y conocido el acervo probatorio con el que al momento se cuenta, procede la Sala a efectuar el respectivo análisis y confrontación, para verificar, si de él surge la ilegalidad de la elección cuya suspensión se ruega.

Análisis y confrontación para determinar la procedencia de la suspensión provisional del acto acusado.

A juicio del demandante, la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, como Contralora Municipal de Sincelejo para el período 2020-2021, resulta ilegal, al encontrarse probado con la documental allegada con la demanda, que dentro del año anterior, e incluso para el momento mismo de la elección, ocupaba un cargo en el que cumplía funciones administrativas, al venirse desempeñado precisamente, como Contralora Municipal encargada, y por tanto, es clara su incursión, tanto en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 aplicable en virtud de la expresa remisión efectuada en el literal c) del artículo 163 *ibídem*, así como en la señalada en el propio artículo 272, inciso 8, constitucional.

De las dos normas señaladas como violadas, en esta oportunidad, se adentra inicialmente la Sala, en el análisis y confrontación, respecto de la casual de inhabilidad del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 aplicable en virtud de la expresa remisión efectuada en el literal c) del artículo 163 *ibídem*.

De entrada, debe advertirse que frente a este cargo, la oposición de la elegida frente a la solicitud de suspensión provisional del acto, se centró en el planteamiento de inaplicación de esa preceptiva legal, con fundamento en el artículo 4º Superior, al considerarla contraria a la Constitución Política.

Al punto recuérdese que aduce que el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, y el literal e) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, deben inaplicarse en el caso concreto, por inconstitucionales, en consideración a que el constituyente habilitó al legislador para ampliar, mediante ley, los demás requisitos (calidades) para acceder al cargo de contralor territorial, mas no para ampliar el régimen de inhabilidades, por tanto, el señalamiento extensivo por el legislador de otros supuestos inhabilitantes, corresponde a

una extralimitación funcional manifiestamente incompatible con la norma fundamental.

En atención de lo precedente, y sin perjuicio de que para resolver la solicitud de suspensión provisional, se verifica la vigencia de la ley y se parte de la base de su presunción de constitucionalidad, debe decirse que en este momento procesal, no se observan elementos que sugieran siquiera, la aplicación de tan especial y excepcional figura. Obsérvese que en contraste con el argumento de inconstitucionalidad que se plantea, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el legislador goza de libertad de configuración legislativa para establecer y determinar causales de inhabilidades²⁴ de quienes se postulen a ocupar ciertos cargos dentro de los organismos que componen la estructura del Estado, entre ellos, el de contralor municipal²⁵, siempre y cuando siempre ese régimen de inelegibilidad se ciña y ajuste a los principios de transparencia, moralidad, eficacia, entre otros; de suerte entonces que la previsión expresa de inhabilidades en la Carta Política, no veta al aparato legislativo para regular situaciones de inelegibilidad, por el contrario, se le reconoce cierta libertad (discrecionalidad) en este tema pero observando siempre los principios de la función pública; e incluso la Corte

²⁴ Ver sentencia Sentencia C-312 de 1997; C - 101 de 2018; C – 1372 de 2000; C – 098 de 2019.

²⁵ Ver sentencia C – 126 de 2018:

"(...)

2.2. *No obstante la rigidez del régimen atrás mencionado, **la Constitución expresamente autorizó al legislador para ampliar el catálogo constitucional de requisitos y condiciones para acceder a los distintos cargos y funciones públicas.** Eso es lo que en general prevé el numeral 23 del artículo 150²⁵ de la Carta Política, así como lo que particularmente se desprende del inciso 7º del artículo 272 superior para el caso de los contralores territoriales²⁵. Justamente, cuando el referido inciso constitucional prevé que "Para ser elegido contralor [de una unidad territorial] se requiere ser colombiano por nacimiento, (...) **y las demás calidades que establezca la ley**", la Constitución expresamente **establece una competencia legislativa** que, de todos modos, **viene a ser limitada por los subsiguientes incisos 5º y 8º ibídem cuando**, además de las condiciones previstas en el mentado inciso 7º del artículo 272 constitucional, inhabilitan para ser elegido como contralor territorial a quien hubiera fungido como tal durante el periodo legal inmediatamente (...).*

(...)

2.5 En suma, **sin perjuicio de los requisitos que prevé el inciso 7º del artículo 272 superior, la libertad legislativa para ampliar el catálogo de inhabilidades para ser elegido contralor municipal se encuentra enmarcada dentro de los siguientes límites constitucionales:** (i) no podrá ser elegido quien inmediatamente venga ocupando el cargo en propiedad (prohibición de reelección); (ii) no podrá ser elegido quien, en el último año anterior a la elección, sea o haya sido miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección; y (iii) no podrá ser elegido quien en el último año haya ocupado cargo público en nivel superior al ejecutivo, inclusive, (ver supra 2.3.) del orden departamental, distrital o municipal. Esto, por supuesto, recordando las demás inhabilidades que prevé la Carta para aquellas personas cuyas conductas haya, por ejemplo, afectado el patrimonio del Estado²⁵. **Dentro de este marco puede moverse el legislador estableciendo otras restricciones para ser elegido como contralor municipal, siempre y cuando en ejercicio de su función se respeten los distintos postulados constitucionales dentro de los cuales, por supuesto, se encuentran los derechos fundamentales que prevé la Carta Política."**

Constitucional en la Sentencia C- 367 de 1996, al conocer en específico de una demanda de inconstitucionalidad contra el remisorio literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, que presenta un cargo similar al aquí alegado por la opositora, expresamente dijo:

“El Constituyente con la consagración expresa de dos inhabilidades precisas para los contralores municipales sólo trata de asegurar un mínimo régimen de inhabilidades para tales funcionarios, sin excluir la posible ampliación de tal régimen a través del desarrollo legal. Dentro de la facultad que tiene el legislador para regular el ejercicio de la función pública se encuentra la posibilidad de establecer un régimen legal y general de inhabilidades de un grupo determinado de servidores públicos, y tal facultad es la que se desarrolla en el artículo demandado. Es admisible constitucionalmente que el legislador prevea para el contralor municipal inhabilidades adicionales a las establecidas. La norma constitucional al indicar que la ley establecerá las demás calidades requeridas para ser elegido contralor municipal no se refería únicamente a las positivas, sino también a las negativas, pues no distinguió entre ellas y dentro de las calidades o requisitos negativos se encuentran a las inhabilidades.”

De ahí que, en esta oportunidad procesal, sin más consideraciones, se estime que el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 aplicable para quien aspire a Contralor Municipal en virtud de la expresa remisión que efectúa el literal c) del artículo 163 *ibídem*, goza de la presunción de constitucionalidad al ser determinada por el legislador en ejercicio de aquella libertad, ello sin perjuicio que al momento de desatarse los extremos de la litis en sentencia, y en caso de insistirse en su planteamiento como excepción de inconstitucionalidad, se entré a examinar los argumentos que eventualmente se expongan en su sustento.

Visto que es aplicable al caso, la norma que regula el régimen de inhabilidades de Contralor Municipal, particularmente, la causal consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, en virtud de la expresa remisión efectuada en el literal c) del artículo 163 *ibídem*, es pertinente traer nuevamente su transliteración para efectos de verificar, si surge la ilegalidad del acto, al ser confrontada con la norma y lo probado:

ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

*2. **Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado***

público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

De la preceptiva legal señalada, se extraen en los supuestos que configuran la causal de inhabilidad, a saber:

- (i) Hecho generador de inhabilidad: Que el elegido estuviese desempeñando u ocupando un cargo que represente autoridad civil, administrativa, política o militar.
- (ii) Elemento temporal: doce (12) meses antes de la elección.
- (iii) Elemento territorial: En el respectivo municipio donde fue elegido.

Frente al primer supuesto de procedencia, la jurisprudencia del Consejo de Estado²⁶ ha definido, para estos efectos, la noción de autoridad y su acepción de administrativa – modal que concierne el caso de marras -, en los siguientes términos:

"(...)

Para ese efecto es necesario precisar los conceptos de autoridad y luego los de autoridad civil y administrativa.

*En primer lugar, esta Sección ha entendido por autoridad "el ejercicio del poder público en poder de mando, que, por consiguiente, ubica en un extremo a los particulares obligados a obedecer, aún por medio de la fuerza pública; que permite nombrar y remover libremente empleados subordinados, aun por medio de delegación; y que autoriza sancionar a los empleados con suspensiones, multas y destituciones"²⁷. Ahora bien, dicha autoridad puede ser de diversa naturaleza y, para los fines del análisis que compete a esta Sala, es del caso, **referirse a la autoridad civil y a la administrativa.***

El concepto de autoridad civil ha sido expuesto por esta Corporación en varias oportunidades. Así, la Sala de Consulta y Servicio Civil ha entendido que, en principio, autoridad civil es aquella que no implica el ejercicio de autoridad militar y que, en determinados casos, puede concurrir con otras modalidades de autoridad²⁸.

²⁶ Sentencia del 29 de abril de 2005, radicado 11001-03-28-000-2003-00050-01, Sección Quinta, C. P. Dr. DARIO QUIÑONES PINILLA.

²⁷ Sentencia del 3 de diciembre de 1999, expediente 2334.

²⁸ Concepto del 5 de noviembre de 1991, expediente 413

Y la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación ha sostenido que la autoridad civil es un concepto genérico de autoridad dentro del cual queda comprendido el de autoridad administrativa como especie, según se desprende de los siguientes planteamientos:

"La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.

Por lo tanto, la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la "autoridad civil" que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata.

Con esta perspectiva, el concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades del servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es, al mismo tiempo autoridad civil.

En otros términos, si bien los conceptos de autoridad militar y jurisdiccional tienen contornos precisos, los linderos se dificultan tratándose de la autoridad política, civil y administrativa. Entendida la primera como la que atañe al manejo del Estado y se reserva al Gobierno (art. 115 C.P.) y al Congreso (art. 150 ibídem) en el nivel nacional, no queda duda de que la autoridad civil es comprensiva de la autoridad administrativa sin que se identifique con ella, pues entre las dos existirá una diferencia de género a especie. Una apreciación distinta conduciría a vaciar completamente el contenido del concepto autoridad civil, pues si ella excluye lo que se debe entender por autoridad militar, jurisdiccional, política y administrativa no restaría prácticamente ninguna función para atribuirle la condición de autoridad civil".²⁹

Además, el artículo 188 de la Ley 136 de 1994 señala el concepto de autoridad civil para los efectos previstos en esa ley, relativa a la organización y el funcionamiento de los municipios. Esa norma es del siguiente contenido:

²⁹ Sentencia del 1º de febrero de 2000, expediente AC-7974.

"Artículo 188.- Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones".

La autoridad civil es, pues, un concepto genérico que comprende la autoridad política y la administrativa. El ejercicio de autoridad civil no sólo está referido a las facultades que tiene el empleado público respecto de sus subalternos sino también en relación con los particulares sobre los que ejerce función de mando para exigir el cumplimiento de la ley y la Constitución.

A diferencia del concepto de autoridad civil, **el de autoridad administrativa** no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia"³⁰.

En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa"³¹.

Por las anteriores razones, esta Sala manifestó que "corresponde al juez determinar en cada caso concreto si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, en consideración con el análisis de dos elementos fácticos. De una parte, debe estudiarse el carácter funcional del cargo; o dicho de otro modo, debe averiguar qué tipo de funciones tiene asignadas y, de otro lado, debe analizar el

³⁰ Sentencia del 27 de agosto de 2002, expediente PI-025.

³¹ Sala Plena del Consejo de Estado. Sentencia del 9 de junio de 1998, expediente AC-5779.

grado de autonomía en la toma de decisiones, esto es, la estructura orgánica del empleo. De tal manera que si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando, de dirección y autonomía decisoria, se podría concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa³².

También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho **que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa.** Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.

El artículo 190 de la Ley 136 de 1994 es del siguiente contenido:

"Artículo 190. Dirección Administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias."

De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo 30, numeral 5º, de la Ley 617 de 2000, **se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria frente a la sociedad o los subordinados y dirección de asuntos propios de la función administrativa orientados al debido funcionamiento del aparato administrativo.**

En resumen, autoridad administrativa comprende el ejercicio de funciones que impliquen el manejo y dirección de la correspondiente entidad, bien sea

³² Sentencia del 28 de febrero de 2002, expediente 2804

del sector central, descentralizado del nivel nacional o territorial, u organismos de control, reflejado en el poder de decisión o de mando, autónomo, con la capacidad suficiente de incidir en la adquisición y administración de bienes y servicios, mediante la celebración de convenios y/o contratos, e incluso, en la incorporación de personal y los derechos laborales que ello implica.

Ahora bien, para identificar en el *sub examine* si la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ ejerció autoridad administrativa, es pertinente determinar el cargo que ostentaba en los doce (12) meses anteriores a la declaratoria de elección en el empleo de Contralor Municipal de Sincelejo, período 2020-2021, el tipo y calidad de funciones asignadas a ese cargo por el manual específico de funciones, sin necesidad de entrar a verificar si materialmente las cumplió, aunado a examinar el grado de autonomía en la toma de decisiones relacionadas con sus funciones que lo determina el nivel jerárquico del empleo.

Está probado que la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ fue designada provisionalmente para ocupar el **cargo de Contralor Municipal de Sincelejo**, a partir del **31 de mayo de 2019**, dada la renuncia presentada por el entonces titular del cargo, mediante Resolución No. 2488 de 29 de mayo de 2019.

Luego entonces, como quiera que la elección en el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, período 2020-2021, se produjo el 10 de enero de 2020, se tiene que el empleo que ejerció hasta antes de esa fecha, era el de Contralora Municipal de Sincelejo designada en encargo – para efectos del presente caso -, por decisión del Alcalde Municipal de Sincelejo ante la falta absoluta del titular de ese cargo.

Constatado el cargo ocupado, pasa la Sala a examinar, si las funciones asignadas, lo tipifican como empleado público con autoridad administrativa. Al respecto, el manual específico de funciones y competencias laborales de la Contraloría Municipal de Sincelejo, contenido en la Resolución No. 002 de 2017, estipula en el artículo 6º, las funciones, competencias laborales y propósito general de los empleos de la planta de personal, destacándose el de Contralor Municipal, las siguientes:

“PROPOSITO GENERAL:

Representar legalmente y dirigir el funcionamiento de la Contraloría Municipal de Sincelejo y formular las políticas, planes, programas y estrategias necesarias para el efectivo ejercicio del control fiscal y las funciones que conforme a sus competencias le otorga la Constitución, la Ley y los Acuerdos Municipales.

(...)

DESCRIPCIÓN DE LAS FUNCIONES PRINCIPALES

El contralor municipal de Sincelejo, tendrá las siguientes funciones, además de las definidas en los artículos 268 y 272 de la Constitución Política, lo establecido en las Leyes 42 de 1993 y Ley 610 de 2000 y las demás normas concordantes y reglamentarias para el normal funcionamiento de la organización, así:

- 1. Definir los métodos y la forma de rendir cuentas de los responsables del manejo de fondos o bienes del Municipio de Sincelejo, entidades descentralizadas en todos sus órdenes y niveles, directas o indirectas, sociedades de economía mixta, sociedades o asociaciones entre entidades públicas, empresas oficiales, mixtas o privadas de servicios públicos domiciliarios y de los particulares que administren fondos o bienes del orden municipal.*
- 2. Revisar y fenecer las cuentas que deben llevar los responsables del erario y determinar el grado de eficiencia, eficacia y economía con que hayan obrado.*
- 3. Exigir informes sobre la gestión fiscal a los empleados municipales y a toda persona o entidad pública o privada que administre fondos o bienes de carácter público municipal.*
- 4. Conceptuar sobre la calidad y eficiencia del control fiscal interno del Municipio de Sincelejo y sus entidades descentralizadas.*
- 5. Presentar al Concejo de Sincelejo un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente.*
- 6. Presentar proyectos de acuerdo relativos al régimen del control fiscal y **a la organización y funcionamiento de la Contraloría Municipal.***
- 7. **Promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones penales o disciplinarias, contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Municipio de Sincelejo o de sus entidades descentralizadas.***
- 8. Proveer mediante concurso público los empleos de carrera administrativa de la entidad, de conformidad con las normas vigentes.*
- 9. Presentar informe anual al Concejo sobre la gestión adelantada en el cumplimiento de sus funciones.*
- 10. Llevar el registro de la deuda pública del Municipio de Sincelejo y sus entidades descentralizadas de todo orden.*
- 11. Realizar visitas fiscales e investigaciones que se requieran para el cumplimiento de sus funciones.*

12. Auditar y conceptuar sobre la razonabilidad y la confiabilidad de los estados financieros, sistema presupuestal y la situación económica y fiscal del Municipio de Sincelejo y sus entidades descentralizadas.
13. Elaborar y presentar el proyecto de presupuesto de la Contraloría Municipal de Sincelejo dentro de los términos establecidos en la Ley.
14. Presentar anualmente al Concejo un informe sobre el estado de las finanzas del Municipio y sus entidades descentralizadas, acompañado de su concepto sobre el manejo dado a los bienes y recursos públicos.
15. **Representar legalmente a la Contraloría Municipal de Sincelejo** y realizar IQS actos de delegación a que haya lugar, en los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten.
16. **Definir políticas, planes y programas, sobre el manejo administrativo inherente a la entidad.**
17. Garantizar el mantenimiento y actualización de los Sistemas de Gestión de la Contraloría Municipal.
18. Fallar en sede de segunda instancia los procesos administrativos sancionatorios y de responsabilidad Fiscal.
19. Designar en algún funcionario directivo su remplazo, en sus faltas temporales.
20. Cumplir y hacer que se cumplan la Constitución, las leyes, los acuerdos municipales, los decretos, las resoluciones, los reglamentos y manuales vigentes.

(...)

Resaltos de la Sala

En cuanto a su jerarquía dentro de la estructura de la entidad, el cargo de Contralor Municipal según el artículo 2º de la señalada resolución, se encuentra en la cúspide, fijándose la dirección y dependencia de la estructura de la planta de personal al contralor municipal.

Luego entonces, conforme lo considerado y las pruebas reseñadas, para la Sala de Decisión, la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ al ocupar el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, desde el 30 de mayo de 2019, en la modalidad de designada provisionalmente o en encargo, ejerció como empleado oficial, autoridad administrativa, en tanto que dicho cargo le asiste (i) el deber de velar por el funcionamiento y administración de esa entidad, (ii) la representación legal de la misma, (iii) formular y ejecutar planes, políticas y programas para el ejercicio efectivo del control fiscal en el Municipio de Sincelejo, entre otras, que son inherentes a la dirección administrativa de esa ente de control. Conforme las funciones reglamentarias asignadas, y el grado de jerarquía dentro de esa institución, forzoso es concluir que ejerció la demandada autoridad administrativa gracias al empleo ocupado antes de su elección.

Se advierte que independientemente de la modalidad en que ejecutó esas labores de autoridad administrativa como Contralor Municipal de Sincelejo, que para el caso fue en encargo, el hecho era que en virtud de esa investidura ella, conforme las pruebas hasta ahora aportadas al proceso, en principio se encontraba inhabilitada para ser elegida como Contralor Municipal de Sincelejo, período 2020-2021, en razón de que ese empleo indefectiblemente representa autoridad administrativa, aspecto que no fue rebatido incluso por la demandada en su oposición de la petición cautelar.

Ahora, estando probado el elemento modal – hecho generador de la inhabilidad -, la Sala advierte que también se encuentra acreditado el factor territorial, como quiera que el ejercicio del cargo lo fue en el Municipio de Sincelejo; en tanto sucede lo mismo con el elemento temporal, en consideración a que el ejercicio del mismo se dio incluso hasta el mismo día de su elección. Por consiguiente, están probados los supuestos que dan lugar a la causal de inhabilidad en comento.

De otro lado, vale la pena resaltar, que el ejercicio del cargo de Contralor Municipal, en la modalidad de encargo, resulta irrelevante para el presente caso, puesto que la causal de inhabilidad formulada y argumentada en la demanda y en el escrito de medida cautelar, se edifica respecto del ejercicio de autoridad administrativa como empleado público, **no en la señalada en el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994** que refiere a la prohibición de elegir a quien haya sido Contralor Municipal en todo o en parte del periodo inmediatamente anterior, bien sea en propiedad o en encargo, expresión ésta – en encargo - que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C – 126/2018.

De manera entonces, que la alegación del apoderado del Concejo Municipal de Sincelejo y la de la defensa de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, no tiene vocación de prosperidad, pues, el cargo planteado no gravita en esta restricción.

Pese a ello, sin perjuicio de lo anterior, en gracia de discusión que fuese ese el cargo, solo a manera de ilustración, la sentencia señalada dejó claro que la inexecutable se predica de la desproporción que existe en el lapso o período inhabilitante dispuesto en esa normativa, que correspondía hasta

todo el periodo como Contralor, y la que señala en el inciso 8º del artículo 272 de la C. P. que estriba de un año antes de la elección, de manera que desborda el límite temporal que fija la regla constitucional, siendo desproporcionalmente más severa. Al respecto, la sentencia C – 126 de 2018 señaló:

*"6.2. Inicialmente debe recordarse que, como se explicó bajo el numeral 2.3 supra, la reforma que sufrió el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, derivó en que la inhabilidad para ser contralor territorial comenzó a predicarse de todos aquellos empleados de los distintos niveles territoriales que hubieren ocupado cargos públicos en nivel ejecutivo, asesor y/o directivo durante el año previo a la elección del respectivo contralor. Tal razón es suficiente para declarar la inconstitucionalidad del aparte legal demandado pues aunque tanto el contralor municipal como el auditor de la respectiva contraloría, **independientemente de su titularidad o situación administrativa de encargo, son funcionarios públicos del nivel directivo que por tal razón se encuentran cobijados por la inhabilidad constitucional de un (1) año que prevé la norma superior**, el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 la extiende de modo desproporcionado a **"todo o parte del periodo inmediatamente anterior": es decir a un lapso de hasta cuatro (4) años**³³.*

***En otras palabras, la ley terminó por imponer sobre los referidos contralores municipales y auditores de las respectivas contralorías municipales una restricción desproporcionadamente más severa que la prevista por la Carta Política.** Así, si bien es cierto que el legislador está autorizado para prever regímenes mayormente restrictivos a los constitucionalmente establecidos (nunca más flexibles³⁴), también lo es que dichas limitaciones deben ser idóneas³⁵ para alcanzar el propósito perseguido; idoneidad que en el presente caso no se vislumbra pues, como la Corte dijo al estudiar el caso análogo que se estudia a inmediata continuación, "(n)o es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en particular."³⁶*

(...)

³³ El periodo de los alcaldes, a cuyo tiempo está atado el de los contralores municipales por virtud de lo previsto en el artículo 158 de la Ley 136 de 1994, es de cuatro (4) años de acuerdo con el artículo 314 de la Constitución.

³⁴ Ver, por ejemplo las sentencias C-652 de 2003 en su numeral 7 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-038 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

³⁵ En sentencia C-520 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa), la Corte recordó que "(l)a *proporcionalidad* del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su "*idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente)*; *necesidad*, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y *proporcionalidad en sentido estricto*, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad"

³⁶ Sentencia C-1372 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

6.5. Se advierte no obstante que –similarmente a como se anotó en la Sentencia C-1372 de 2000 respecto de los contralores departamentales en encargo³⁷- los **funcionarios beneficiados con la inexequibilidad** que en esta sentencia se declarará **seguirán estando cobijados con inhabilidad de doce (12) meses posteriores a la dejación del cargo que vinieren ejerciendo.**

La razón de tal inhabilidad se explica a continuación:

6.5.1. **En cuanto trata de los contralores municipales en encargo, con arreglo a la reforma que sufrió el inciso 8º del artículo 272 de la Carta por virtud del Acto Legislativo 02 de 2015, tales funcionarios se encontrarían inhabilitados para ser elegidos como contralores cuando, dentro de los doce meses anteriores a la elección, hubieren fungido como contralores municipales o como meros empleados públicos del respectivo municipio. Lo anterior, con arreglo a lo previsto en los numerales 2 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000³⁸, que reformaron el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 a que remite el literal c) del artículo 163 de dicha ley como causales de inhabilidad para ser elegido contralor municipal³⁹; inhabilidades estas que encuentran mayor apoyo en la contingente situación de conflicto de intereses ya advertida en esta providencia (ver supra 5.4.).**

(...)

Resaltos de la Sala.

Resulta entonces diáfano que quien se encuentre ocupando el cargo de Contralor Municipal en la forma de encargo, durante el año anterior a la declaración de elección, está inhabilitado por la causal del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

³⁷ Al final de su parte motiva, la Sentencia C-1372 de 2000 señaló que la inexequibilidad que en dicha providencia se declaró "no obsta para entender que la declaración de inexequibilidad que efectuará esta corporación, en nada se opone al sentido mismo de la inhabilidad que quiso consagrar el legislador, en relación con la persona que desempeñe el cargo de contralor departamental como encargado, pues es claro que quien hubiese ejercido como tal, en el último año de la elección, en razón a su carácter de servidor del orden departamental, no podrá ser elegido como contralor en propiedad para el período siguiente, en aplicación de la inhabilidad que expresamente consagró el propio constituyente en el artículo 272, al prescribir que no podrá ser elegido como contralor departamental, quien haya ocupado, en el último año, cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Norma esta que, reproducida en la Ley 330 de 1996, fue declarada exequible en sentencia C-060 de 1998."

³⁸ Ley 617 de 2000, art. 37.—Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: "ART. 95.—Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: (...)2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, (...) 5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección"

³⁹ Ley 177 de 1994, art. 9º—El artículo 163 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

"ART. 163.—Inhabilidades. No podrá ser elegido contralor quien:

(...)

c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable".

No resulta acorde con ese precedente constitucional, la postura de la parte demandada y el Concejo Municipal de Sincelejo, al sugerir que esa inexecutable de la expresión "en cargo" genera *per sé*, la posibilidad de elegirse de quien se encuentre en cargo, pues no se acompasa con la *ratio decidendi* que estriba en la excesiva fijación de la temporalidad para la configuración de esa causal, a la luz del inciso 8º del artículo 272 Superior.

Así las cosas, del análisis y confrontación precedente surge la ilegalidad de acto de elección, al incurrirse por la elegida en la inhabilidad para ser Contralor Municipal, concretamente en la de la causal prevista en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2001, aplicable en virtud de la remisión del literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994.

Por consiguiente, la Sala considera procedente decretar la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, período 2020-2021.

Probado hasta este momento aquél cargo, resulta inane por el momento, entrar a examinar los demás.

En razón de lo expuesto, se declarará la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, período 2020-2021, decisión que se encuentra consignada en el Acta 007 de 10 de enero de 2020, del Concejo Municipal de Sincelejo.

En mérito de lo expuesto, la SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE,

RESUELVE:

PRIMERO: Admitir la demanda de nulidad electoral promovida por el señor ELKIN MOTERROZA, contra el acto que declaró la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en el cargo de Contralor Municipal de

Sincelejo, período 2020-2021, consignado en el Acta 007 del 10 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Sincelejo.

SEGUNDO: Notificar por estado a la parte actora.

TERCERO: Notificar personalmente la admisión de la demanda a la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en los términos del literal a) numeral 1º del artículo 277 del C.P.A.C.A. De no ser posible la notificación personal, se deberá realizar la forma de notificación prevista en los literales b) y c) del mismo articulado.

CUARTO: Notificar Personalmente la admisión de la demanda al CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO y al MINISTERIO PÚBLICO, en los términos de los numerales 2º y 3º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

QUINTO: Informar a la comunidad sobre la existencia de este proceso en la página web de la Rama Judicial, enlace Tribunales Administrativos – Sucre – Secretaría Tribunal Administrativo de Sucre – Avisos a la Comunidad -, de conformidad con el numeral 5º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

SEXTO: Decretar la medida cautelar formulada por la parte demandante. En consecuencia, se **declara** la suspensión provisional de los efectos del acto que declaró la elección de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en el cargo de Contralor Municipal de Sincelejo, período 2020-2021, consignada en el Acta 007 del 10 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Sincelejo, por las razones expuestas.

SÉPTIMO: Comunicar personalmente esta decisión al señor (a) Presidente del Concejo Municipal de Sincelejo, Sucre, para todos los efectos del caso.

OCTAVO: Reconocer personería al abogado Dr. LUIS FERNANDO ROMERO GIL, identificado con cédula de ciudadanía No. 92.548.679 de Sincelejo, y tarjeta profesional No. 173.594 del CSJ, como apoderado de la señora VIVIAN MARÍA MONTAÑO GONZÁLEZ, en los términos del poder conferido.

NOVENO: Reconocer personería al abogado Dr. LEONARDO FABIO CERRA BOCANEGRA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.020.744.145 de

Bogotá, y tarjeta profesional No. 274.588 del CSJ, como apoderado del CONCEJO MUNICIPAL DE SINCELEJO, en los términos del poder conferido.

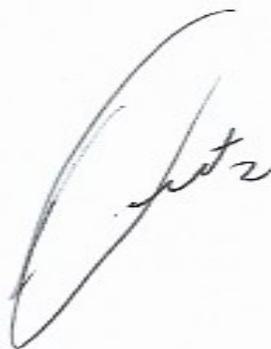
Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión ordinaria de la fecha, según consta en el acta de la misma calenda.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

Magistrado



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Magistrado



ANDRÉS MEDINA PINEDA
Magistrado