



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrada Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintidós (22) de abril dos mil veintiuno (2021)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación No: 15001-23-33-000-2020-00120-01
Demandante: HENRY OLIMPO PLAZAS PINTO
Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE MARTHA BIGERMAN ÁVILA ROMERO — CONTRALORA GENERAL DE BOYACÁ
Tema: Inhabilidad del inciso 10° del artículo 272 de la Constitución Política

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 27 de enero de 2021, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1. El señor Henry Olimpo Plazas Pinto presentó demanda en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, contra el acto de elección de la señora Martha Bigerman Ávila Romero como contralora general de Boyacá para el período 2020 – 2021.

1.1. Pretensiones

2. Solicitó que se declare la nulidad del anterior acto de elección, contenido en el acta de sesión plenaria N° 004 del 10 de enero de 2020 de la Asamblea Departamental de Boyacá.

1.2. Hechos

3. Narró que la mencionada asamblea departamental mediante Resolución N° 429 de 2019 efectuó una convocatoria pública para la elección de contralor general de Boyacá para el período 2020-2021, trámite al que se presentó la señora Martha





Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

Bigerman Ávila Romero, quien para ese momento se desempeñaba como personera del municipio de Tuta.

4. Indicó que el 10 de enero de 2020, la plenaria de la asamblea departamental eligió a la demandada como contralora general de Boyacá, a pesar de que le fue advertido que podría estar inhabilitada por el hecho de haberse desempeñado como personera de Tuta, situación de inelegibilidad que fue descartada al indicar que el mencionado empleo es asimilable al de contralor de conformidad con el artículo 117¹ Superior, por lo que consideraron que no existe tal y en todo caso, le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo decidir sobre el asunto y no a la duma.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

5. Argumentó que la elección controvertida es contraria al artículo 272 de la Constitución Política luego de su reforma por el Acto Legislativo 04 de 2019, en cuanto señala que no podrá ser elegido contralor “*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*”. Esto en la medida que la demandada durante los 12 meses anteriores a la designación, inclusive después de la misma, se desempeñó como personera del municipio de Tuta, esto es, en un cargo que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado² y la Corte Constitucional³ si bien hace parte del Ministerio Público, pertenece a “*la administración municipal, es decir de la rama ejecutiva de ese orden*”.

6. Hizo énfasis en que la causal de inhabilidad invocada tiene como propósito evitar que el funcionario que ejerce el control fiscal realice tal labor respecto de actos en los que estuvo involucrado en ejercicio de un empleo anterior, como lo destacó la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia del 19 de julio de 2018⁴, por lo que aseveró, con la elección controvertida se posibilitó que la contralora general de Boyacá pudiera ejercer control respecto de las actuaciones en la que intervino durante el año inmediatamente anterior a su designación como contralora de Boyacá.

1.4 Fijación de litigio

7. Mediante audiencia del 13 de octubre de 2020, se fijó el litigio de la siguiente forma:

¹ ARTICULO 117. El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control

² Hizo referencia a las siguientes providencias: (I) Del 24 de abril de 2018, rad. 15001-23-33-000-2018-00069-00, no precisó que Sección la dictó. (II) Consejo de Estado, **Sección** Segunda, Subsección B, del 19 de enero de 2017, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 25000-23-24-000-2007-00203-02(3756-15). (III) Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 25000-23-42-000-2012-01170-01 (1370-2014).

³ Corte Constitucional, sentencia C-223 de 1995.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 19 de julio de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 20001-23-39-003-2017-00147-01.





Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

“Debe este Tribunal establecer si el acta 004 de 10 de enero de 2020, en la consta que la Asamblea del Departamento declaró la elección de la señora Martha Bigerman Ávila Romero como Contralora General de Boyacá, para el periodo 2020 a 2021, debe declararse nula por supuestamente estar incurso la elegida en la causal de inhabilidad del numeral 5 del artículo 275 del CPACA, y del inciso 102 del artículo 272 de la Constitución Política, por haber desempeñado el cargo de Personero Municipal de Tuta, -que el demandante aduce que pertenece a la rama ejecutiva-, durante los doce meses anteriores a su elección, e incluso en fecha posterior”.

1.5. Fallo de primera instancia

8. El Tribunal Administrativo de Boyacá mediante sentencia del 27 de enero de 2021 negó la pretensión formulada por las siguientes razones:

9. En primer lugar destacó que las inhabilidades han sido dispuestas para proteger a los ciudadanos de presiones e influencias que afecten su libre elección, constituyendo una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político, de raigambre fundamental, y en esa medida son de interpretación restrictiva.

10. Seguidamente, a partir de los artículos 113, 115, 118 y 313.8 de la Constitución Política, 169 de la Ley 136 de 1994 y algunos pronunciamientos del Consejo de Estado⁵ y de la Corte Constitucional⁶, afirmó que *“las personerías municipales dentro de la estructura del Estado colombiano no pertenecen a la rama ejecutiva del poder público en ningunos de sus órdenes, sino que se integran a la función del Ministerio Público por las competencias que tienen asignadas en lo tocante a la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas. En efecto, los personeros municipales no pueden pertenecer a la estructura de las administraciones locales pues desarrollan funciones propias del Ministerio Público, bajo la dirección y coordinación de la Procuraduría General de la Nación, lo que permite entender que, aunque tampoco pertenecen a la estructura orgánica de dicho ente de control, sus funciones se encuentran articuladas con las de aquel órgano regente”.*

11. Teniendo en cuenta lo anterior, concluyó que *“la señora Martha Bigerman Ávila Romero no se encuentra inmersa en la causal de inhabilidad que alega la parte demandante, pues aunque es cierto que el cargo de personero municipal que ejerció la demandada dentro del año anterior a su elección como contralora departamental es un cargo del orden municipal, el mismo no pertenece a la rama ejecutiva, de modo que no se estructura la inhabilidad alegada, debiéndose, como en efecto se hará, sin mayores lucubraciones, desestimar las pretensiones de la demanda”.*

1.6. Recurso de apelación

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 10 de Julio de 1997, expediente 14331. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 28 de abril de 2011, M.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 405 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Corte Constitucional, sentencia C- 365 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.





Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

12. La parte demandante interpuso recurso contra la sentencia antes descrita argumentando lo siguiente:

13. Indicó respecto a las consideraciones que expuso el *a-quo* sobre la interpretación restrictiva de las causales de inhabilidad, que éstas no sólo están previstas para garantizar el equilibrio en la contienda electoral, sino también para propender por la protección de los principios que rigen la función pública, verbigracia la imparcialidad, transparencias y moralidad, como lo ha sostenido el Consejo de Estado respecto del artículo 272 Superior⁷.

14. Aseveró que ante la falta de claridad de la “ubicación” de las personerías dentro la estructura del Estado, debido a que ejercen funciones del Ministerio Público pero pertenecen al orden municipal, es necesario que se estudie la finalidad de la inhabilidad invocada en esta oportunidad, para la cual señaló que originalmente el artículo 272 Superior indicaba que no podía ser contralor quien haya ocupado un cargo público del orden departamental, distrital o municipal del respectivo ente territorial; luego que dicha norma fue modificada por el Acto Legislativo 02 de 2015, para señalar que no podía ser contralor quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo en los referidos ordenes y finalmente; así mismo indicó que con el Acto Legislativo 04 de 2019 se estableció que tal prohibición se predica respecto de quienes hayan ocupado cargo público en la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

15. Todo esto para resaltar, que la intención del constituyente ha sido evitar que el contralor ejerza el control fiscal sobre actuaciones que tuvieron lugar en cargos que ocupó con anterioridad, so pena de ver afectado el interés general y los principios de la función pública, los cuales insistió, se vieron vulnerados con la designación cuestionada, pues en virtud de ella la demandada ejercerá sus funciones respecto de actuaciones que tuvieron lugar durante el año inmediatamente anterior, en el que se desempeñó como personera municipal de Tuta.

16. En ese orden insistió, a partir de algunas consideraciones del fallo de 19 de julio de 2018 proferida por esta Sección⁸, que en virtud de la finalidad y el efecto útil de la causal de inelegibilidad invocada, su propósito es evitar que la funcionaria elegida contralora ejerciera control sobre sus propios actos, por tanto resultaba válido entender que la mencionada prohibición del artículo 272 constitucional, aplica respecto de quienes hayan ejercido cargos de un nivel superior al ejecutivo⁹, como el directivo, sin que ello signifique que se realizó una interpretación extensiva de la inhabilidad.

⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 19 de julio de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 20001-23-39-003-2017-00147-01.

⁸ M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 20001-23-39-003-2017-00147-01.

⁹ El nivel ejecutivo era el que textualmente se encontraba en el artículo 272 Superior, antes de su modificación por el Acto Legislativo 04 de 2019.



17. A renglón seguido, trajo a colación algunos apartes del auto del 15 de octubre de 2020 de la Sección Quinta del Consejo de Estado¹⁰, en el que se hace alusión a la adaptación de la jurisprudencia de ésta debido a las modificaciones constitucionales del régimen de inhabilidades de los contralores.

18. Reprochó que el Tribunal Administrativo de Boyacá se refirió al artículo 115 de la Constitución Política para hacer alusión a las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva del poder público, aunque la Corte Constitucional en la sentencia C-910 de 2007 precisó que no podía entenderse como un listado cerrado, y además, de aquella sólo *“excluyen las demás ramas y los órganos autónomos que fueron consagrados en la constitución, es decir no es el caso de las personerías municipales ya que las mismas constitucionalmente no están consagrado como órganos de control pese a que ejerzan funciones de ministerio público”*.

19. Argumentó frente a las consideraciones que expuso el juez de instancia para ilustrar que las personerías no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, que el hecho de que éstas ostenten autonomía e independencia administrativa y presupuestal, es lo que permite predicar que quien las preside no puede aspirar inmediatamente acceder al cargo de contralor de la *“misma jurisdicción”*, so pena de actuar en contravención del artículo 272 constitucional y ejerza control sobre sus propios actos.

20. Añadió que no se tuvo en cuenta que aunque las personerías ejercen funciones del Ministerio Público, *“no deja(n) de ser parte de la estructura orgánica del municipio que ordena unos gastos y ejecuta un presupuesto del orden municipal, es decir que ser agente del ministerio público por una asignación de funciones no hace que las demás funciones ejercidas como personero dejen de ser objeto del control fiscal ejercido por la Contraloría Territorial, y tampoco hace para el caso concreto que desaparezca el control fiscal que ejerce la demandada Contralora sobre la Personería de Tuta el cual se realiza sobre ella misma, es así que la sentencia apelada desconocería la finalidad de la causal de inhabilidad, que aplica para quien haya ocupado cargo público en la rama ejecutiva en cualquier nivel, es decir incluso sin que tenga ordenación de gasto”*.

21. Finalmente, transcribió el siguiente aparte de la sentencia C-1067 de 2001 de la Corte Constitucional, que a su juicio resulta útil para ilustrar que el personero no es agente del Ministerio Público, contrario a lo indicado en las providencias invocada por el *a-quo*, pues el mismo sólo ostenta tal calidad en lo relacionado con la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas:

“El personero no tiene la calidad de agente del ministerio público, en los términos del artículo 280 superior, por lo cual, no tiene por qué tener los mismos requisitos que los funcionarios judiciales. Además, los personeros son funcionarios del orden municipal, mientras que los funcionarios judiciales tienen carácter nacional, a pesar de que

¹⁰ M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 70001-23-33-000-2020-00035-01.



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

ejerzan sus atribuciones conforme a un reparto territorial de competencias. Por ello, es normal que la ley establezca requisitos uniformes nacionalmente para ser juez, por tratarse de servidores públicos del orden nacional, mientras que ese principio no se aplica a los personeros municipales, que son servidores de carácter local”.

1.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.7.1. De la parte demandante

22. Reiteró los argumentos expuestos en el escrito genitor y en el recurso de apelación.

1.7.2. Del apoderado de la señora Martha Bigerman Ávila Romero

23. Aseveró que durante toda la actuación judicial ha hecho énfasis, a partir de los artículos 117 de la Constitución Políticas, 169 y 178 de la Ley 136 de 1994 y sentencias de la Corte Constitucional como las C-223 de 1995 y 365 de 2001, que los órganos de control del nivel local no hacen parte de la administración municipal, pues se trata de autoridades que gozan de autonomía administrativa y presupuestal para el ejercicio de sus funciones, razón por la cual como acertadamente lo indicó el Tribunal Administrativo de Boyacá, no hay lugar a predicar que la demandada por haberse desempeñado como de personera de Tuta antes de su elección como contralora departamental incurrió en la causal de inhabilidad invocada.

24. Agregó que es falso que la señora Martha Bigerman Ávila Romero haya desempeñado simultáneamente los empleos antes señalados, pues su renuncia como personera de Tuta fue aceptada antes de posesionarse como contralora general de Boyacá.

25. Reprochó que el demandante haya afirmado a partir de la sentencia C-910 de 2007 de la Corte Constitucional, que las personerías hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, aunque la jurisprudencia en la materia ha sido clara en señalar que aquellas no hacen parte de las administraciones municipales y no están subordinadas a las mismas en el ejercicio de sus funciones de control y vigilancia.

26. En ese orden consideró que el fallo de primera instancia debe confirmarse, *“condenando además en costas y agencias en derecho al aquí Accionante(sic) toda vez que pese a tratarse de una acción de carácter público, a ella se vinculó a mi poderdante doctora MARTHA BIGERMAN ÁVILA ROMERO como persona natural viéndose obligada a empobrecer su patrimonio acarreando las costas y agencias en derecho para poder contratar el suscrito abogado y ejercer una defensa técnica sobre sus derechos”*

1.7.3. De la Asamblea Departamental de Boyacá



27. Manifestó compartir en su integridad los argumentos expuestos por el fallo de primera instancia, en tanto dan cuenta que la inhabilidad invocada en forma alguna se configura en el caso de autos, como quiera que del análisis sistemático de los artículos 113, 117 y 118 de la Constitución Política, 169 y 178 de la Ley 136 de 1994, 38, 39 y 40 de la Ley 489 de 1998, se concluye que las personerías no integran la rama ejecutiva del poder público, sino que hacen parte de los órganos de control del Estado, por cuanto el personero ejerce en el municipio o distrito, bajo la dirección suprema del procurador general de la Nación, las funciones del Ministerio Público, incluyendo el poder disciplinario, conclusión que también tiene respaldo en la jurisprudencia del Consejo de Estado¹¹.

28. En ese orden de ideas indicó que no hay lugar a considerar que la demandada por haber ejercido el empleo de personera de Tuta con anterioridad a la elección controvertida, ocupó un cargo de la rama ejecutiva del poder público del nivel municipal, que constituye la circunstancia de inhabilidad prevista en el artículo 272 Constitucional sobre el cual se edificó la demanda, el cual debe ser interpretado de manera restrictiva como lo ha precisado el Consejo de Estado¹².

29. Estimó que las consideraciones que desarrolló la parte demandante hacen referencia a la existencia de un presunto conflicto de intereses de la demandada, circunstancia que en virtud de la interpretación restrictiva que tiene lugar en materia de inhabilidades no puede considerarse como una de ésta, so pena de restringir indebidamente el principio del mérito en el acceso a la función pública y predicar de manera incorrecta que el personero pertenece a la rama ejecutiva del poder público.

1.9. Concepto del Ministerio Público

30. Como cuestión previa destacó que además del proceso de la referencia, ante el Tribunal Administrativo de Boyacá se tramitó el 2020-00100-00 contra el acto de elección de la demandada como contralora general de Boyacá, por el hecho de que presuntamente no se inscribió oportunamente a la convocatoria para dicho cargo y además, que la designación se realizó con falsa motivación y desviación de poder, asunto que fue decidido mediante sentencia del 29 de octubre 2020 que fue apelada y actualmente está para fallo ante el Consejo de Estado.

31. Lo anterior para destacar, que la presente controversia y el proceso antes señalado debieron acumularse en primera instancia en aplicación de los artículos 281 y 282 de la Ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, según la cual es posible acumular trámites de nulidad electoral por causales subjetivas y objetivas, cuando se cuestionan designaciones que no son de carácter popular, como ocurre con la que es objeto análisis.

¹¹ Hizo especial mención de: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 19 de septiembre de 2017, Rad. 11001-03-06-000-2016-00223-00, M.P. Óscar Darío Anaya Navas.

¹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 30 de abril de 2015, Rad. 11001-03-06-000-2015-00058-00, M.P. Álvaro Namén Vargas.



32. Puso de presente esta situación, a fin de resaltar que aunque la falta de vinculación no constituye una circunstancia constitutiva de nulidad, en especial cuando ambos procesos se tramitaron conforme a las normas pertinentes, estima necesario que se exhorte al *a-quo* para que en lo sucesivo aplique las reglas de acumulación en los procesos del medio de control de que trata el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011. Esto aunado a que no advierte fundamento normativo para conocer en segunda instancia los mencionados trámites.

33. En cuanto al fondo del asunto aclaró que, para el 10 de enero de 2020, fecha en la que se expidió el acto acusado, estaba vigente el Acto Legislativo 4 de 2019, que modificó el artículo 272 de la Constitución, en el sentido de indicar que no podrá ser elegido contralor quien en el último año haya ocupado cargo público en **la rama ejecutiva** del orden departamental, distrital o municipal.

34. Seguidamente indicó que el actor para fundamentar la configuración de la anterior causal de inhabilidad, citó la sentencia del 19 de julio de 2018 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, dictada dentro del expediente 2017-00147-01, aunque la misma fue dejada sin efectos por la Corte Constitucional mediante el fallo “*SU-599 de 2019*” (sic¹³), y además, se refirió a un caso respecto al artículo 272 Superior no había sido modificado por el Acto Legislativo 4 de 2019, razón por la cual la señalada providencia carece de pertinencia para el caso de autos.

35. De otro lado, destacó que el recurrente mencionó que, dada la importancia e interés general de la inhabilidad que se estudia, se deben consultar los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad, como se explicó en el auto de Sala de 15 de octubre de 2020, expediente: 70001-23-33-000-2020-00035-01. Esto para destacar, que en la anterior providencia la Sección Quinta del Consejo de Estado precisó, que la modificación del artículo 272 constitucional no implicó que para los contralores no se deje de aplicar la causal de inhabilidad de que trata el artículo 95-2 de la Ley 136 de 1994. Lo anterior con el fin de resaltar que en el caso de autos lo que corresponde de conformidad con los cargos de la demanda, es analizar la elección cuestionada a la luz del anterior precepto constitucional, so pena de añadir el estudio de cargos que no han sido planteados en la presente actuación.

36. De otra parte, indicó a partir de los artículos 113, 115 y 118 de la Constitución Política, que el segundo de ellos no contempla “*un listado taxativo sobre la integración de la Rama Ejecutiva, como lo plantea el apelante, las Personerías integran el Ministerio Público y, por consiguiente, hacen parte de los Órganos de Control, de modo que no integran la Rama Ejecutiva*”, como también lo ha señalado la Sección Quinta del Consejo de Estado.

¹³ El fallo corresponde al SU-566 de 2019.



37. En ese orden, indicó que como *“es claro que las personerías no integran la Rama Ejecutiva del Estado y, en consecuencia, no está configurada la inhabilidad invocada por el demandante, consagrada en el artículo 272 de la Constitución Política”*, el fallo impugnado debe confirmarse.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

38. La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para tramitar y decidir el presente proceso, en segunda instancia, en virtud de lo establecido en los artículos 150 y 152.8 de la Ley 1437 de 2011, al igual que lo normado en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 –Reglamento del Consejo de Estado–, expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

2.2. Cuestión previa

2.2.1. De la acumulación de pretensiones y la petición de exhortación que pidió el Ministerio público

39. Teniendo en cuenta que el Ministerio Público al rendir su concepto, indicó que el Tribunal Administrativo de Boyacá debió acumular la presente causa, con el proceso 2020-00100-00 donde se demanda la misma elección por el hecho de que la demandada no se inscribió oportunamente a la convocatoria para el cargo de contralora general de Boyacá, es decir un vicio de carácter objetivo, toda vez que los artículos 281, 282 de la Ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia del Consejo de Estado, permiten la posibilidad de acumular trámites de nulidad electoral por causales subjetivas y objetivas, cuando se cuestionan designaciones que no son de carácter popular, como ocurre en el presente caso.

40. Respecto de este aspecto es pertinente mencionar que el artículo 281 del CPACA dispone:

“ARTÍCULO 281. IMPROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE CAUSALES DE NULIDAD OBJETIVAS Y SUBJETIVAS. *En una misma demanda no pueden acumularse causales de nulidad relativas a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado, con las que se funden en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio (...).”*

41. Del aparte transcrito de la norma se extrae con claridad, que pese a la existencia de situaciones que eventualmente darían lugar a la configuración de causales de nulidad objetivas y subjetivas, cuya acumulación no resulta procedente de conformidad con la disposición transcrita, resulta imperativo destacar que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha precisado que dicha regla *“no opera en las demandas en que se impugne la legalidad de actos de nombramiento y de elección por*



cuerpos colegiados”¹⁴, como ocurre en esta oportunidad, sino únicamente frente a los de elección popular¹⁵.

42. Sobre este aspecto resultan ilustrativas las siguientes consideraciones de la providencia del 17 de marzo de 2016¹⁶:

“Es oportuno señalar que pese a que la disposición transcrita (art. 281) se refiere al elegido o nombrado, lo cual sugiere que opera tanto para elecciones por voto popular como para las que se surten al margen de esas manifestaciones democráticas, como serían los nombramientos y las elecciones que efectúen las distintas corporaciones, lo cierto es que se ha entendido que tal prohibición, únicamente opera respecto de las primeras.”¹⁷

*En otras palabras, la **prohibición contenida en la norma antes señalada**, referida a la imposibilidad de acumular en una misma demanda causales de nulidad por vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado (causales subjetivas), con causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y escrutinio (causales objetivas), **no opera en las demandas en que se impugne la legalidad de actos de nombramiento y de elección por cuerpos colegiados.***

Esto es así, porque demostró que los procesos electorales contra elecciones por voto popular, basados en irregularidades en la votación y los escrutinios, toman mayores tiempos para su instrucción y decisión, de los que se destinan a tramitar y resolver los procesos que se basan únicamente en causales subjetivas”¹⁸.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que la finalidad de esta norma es evitar lo que en el pasado ocurría con los procesos electorales en que se juzgaba la validez de las elecciones populares admitiendo simultáneamente cargos de nulidad por causales subjetivas y objetivas, lo que generó que la suerte de los cargos de nulidad subjetivos, que tradicionalmente se fallan de una manera mucho más expedita, estuviera atada a la de los objetivos, en los que por su complejidad, los tiempos son mucho mayores.”¹⁹

Bajo este panorama es claro, que como la elección demandada no se originó en los procesos democráticos de votación popular, no está incurso en una indebida acumulación de pretensiones”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de marzo de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2016-00033-00.

¹⁵ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de septiembre de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2020-00012-00 y 1001-03-28-000-2019-00095-00 (acumulado). Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de marzo de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2016-00033-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 19 de septiembre de 2013, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2012-00051-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 7 de octubre de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2020-00012-00

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de marzo de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2016-00033-00.

¹⁷ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00031-00. Auto del 3 de marzo de 2016. C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2016-0007. Auto del 26 de enero de 2016. C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00041-00. Auto del 3 de diciembre de 2015. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P: Alberto Yepes Barreiro. 19 de septiembre de 2013. Radicación Número: 11001-03-28-000-2012-00051-00. Actor: Eduardo Carmelo Padilla Hernández y otros. Demandado: Director de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

¹⁹ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00031-00. Auto del 3 de marzo de 2016. C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2016-0007. Auto del 26 de enero de 2016. C.P.: Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 11001-03-28-000-2015-00041-00. Auto del 3 de diciembre de 2015. C.P.: Alberto Yepes Barreiro.



43. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la elección cuestionada no es producto de un proceso democrático de elección popular, por lo que era viable acumular el presente proceso subjetivo con el 2020-00100-00 (objetivo), por estarse debatiendo la legalidad del mismo acto de elección.

2.3. Problemas jurídicos

44. En aras de establecer si el fallo de primera instancia se debe confirmar, modificarse o revocarse, el problema jurídico a resolver consiste en establecer a partir de los argumentos desarrollados por la parte demandante, en especial los expuestos al impugnar la sentencia que negó las pretensiones de la demanda, si la señora Martha Bigerman Ávila Romero, contralora departamental de Boyacá para el período 2020 – 2021, incurrió en la causal de inhabilidad contenida en el inciso 10° del artículo 272 de la Constitución Política, por el hecho de haberse desempeñado como personera del municipio de Tuta durante el año anterior a su designación como contralora.

45. De ser negativa la respuesta al interior interrogante, si hay lugar o no a condenar en costas y agencias en derecho al demandante como lo solicitó su contraparte.

46. Para resolver el primer problema jurídico planteado, se realizarán algunas consideraciones sobre la interpretación restrictiva en materia de inhabilidades y respecto del alcance de la situación de inelegibilidad invocada en esta oportunidad, a la cual se ha circunscrito el desarrollo de la presente controversia judicial.

2.4. De la interpretación restrictiva en materia de inhabilidades²⁰

47. Alega el recurrente que la autoridad judicial efectuó una interpretación restrictiva de la causal de inhabilidad invocada, desprovista de su finalidad, consistente en evitar que quien es elegido contralor pueda ejercer control fiscal sobre sus propias actuaciones, particularmente, las adelantadas antes de su designación como éste.

48. En atención al referido alegato, considera procedente esta Corporación, recordar la asentada jurisprudencial en relación con los criterios de interpretación que deben utilizarse a efectos de analizar las causales de inhabilidad e incompatibilidad consagradas en la Constitución o la ley.

49. Ha señalado esta Sección²¹, que son derechos fundamentales de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Política, el de ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, prerrogativas que no tiene el carácter de ser absolutas, dado que la propia Constitución y la ley contemplan restricciones al

²⁰ Sobre el particular ver entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de febrero de 2021, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 05001-23-33-000-2019-02852-02.

²¹ Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia del 3 de agosto de 2015. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Rad. 11001032800020140005100. Consejo de Estado- Sección Quinta. Sentencia del 12 de marzo de 2015. M.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 1100103280002014-0006500.



ejercicio de tales derechos, motivadas en otras garantías -también constitucionales- como el interés general, la igualdad y el ejercicio eficiente de la función pública, tal como es el caso de las inhabilidades para ocupar cargos de elección popular.

50. La Sala Plena de esta Corporación, en decisión de unificación del 29 de enero del 2019²², en línea con lo señalado en forma precedente, precisó el concepto de inhabilidad en los siguientes términos:

“3.1 Una noción general de inhabilidad implica restricciones al ejercicio del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político²³, pues buscan impedir la elegibilidad de determinadas personas que se encuentran afectadas por situaciones, circunstancias o condiciones, que el Constituyente anticipó como riesgos²⁴ que afectan intereses, valores y principios superiores protegidos.”

51. Esta Sección²⁵, sobre este particular ha traído a colación los motivos para el establecimiento de inhabilidades e incompatibilidades, adoptando lo señalado por la Sala Plena así:

“(…)el desarrollo indigno del poder, la influencia negativa de la posición, el privilegio indebido con olvido del interés público, de la legalidad, de la buena administración, del patrimonio público y de la probidad en las actuaciones, constituyen, sin duda, razones para establecer restricciones a la libertad y a los derechos de los sujetos en el ámbito del derecho público, tendientes a evitar la vinculación a la función pública o el ejercicio de ésta en las diferentes ramas del Poder Público, de personas cuya conducta o situación pueda ser lesiva a esos intereses, principios y valores”²⁶

52. Bajo estas precisiones, es claro entonces que el acceso a los cargos públicos, entre ellos los de elección popular, se encuentran sometidos a una serie de

²² Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de enero del 2019. M.P. Rocío Araújo Oñate. Radicación 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU)

²³ Artículos 40 y 85 de la Carta Política.

²⁴ Sobre este punto son relevantes, entre otros pronunciamientos de la Corte Constitucional, los siguientes: C-415 de 1993, en el que se señaló a la luz del análisis de las inhabilidades en materia contractual, lo siguiente: (...) *“Una vez el Legislador identifica una situación específica que puede gravemente afectar el interés general puede legítimamente prohibir las conductas que la configuran. La mencionada prohibición, entre las múltiples formas que puede adoptar, puede tener el carácter de inhabilidad sancionable con nulidad absoluta. En realidad, las inhabilidades establecidas en la ley, no se destinan a castigar a quien formula con posterioridad una propuesta. Como se ha expuesto, este no es ni el objetivo ni la materia de las normas. Las inhabilidades no pueden reducirse ni captarse bajo la única perspectiva de las consecuencias materiales que ellas puedan acarrear para una determinada persona, sin tomar en consideración su verdadero objeto y sentido, que son los elementos que integran el componente principal de la limitación legal y que, adicionalmente, explican y autorizan por sí mismos los efectos materiales que se producen en la esfera vital de las personas comprendidas en su radio de acción.”* (...) *De hecho, si para evitar el nepotismo y la colusión, se hace necesario consagrar inhabilidades o incompatibilidades basadas en los nexos familiares, la única forma de hacerlo es la de apartar en el caso concreto a los miembros de una misma familia, de modo que a lo sumo sólo uno de ellos pueda gozar de la oportunidad de que se trate. Aquí no se está, en principio, frente a una acumulación de beneficios en cabeza de un grupo familiar, sino ante el ejercicio del derecho de participación de un ciudadano o persona singular. El sacrificio de los restantes miembros de la familia, se ha podido justificar en esa precisa situación, ya sea en la prevención de un serio peligro social o en la clara y necesaria defensa del interés general. (...) Por lo demás, es común a las prohibiciones que se fundan en los nexos familiares, implicar materialmente, para algunos miembros de una misma familia, la imposibilidad de gozar de un derecho o posibilidad de acción que, en otras condiciones, podían ejercer. Así, por ejemplo, en las hipótesis de los numerales 5 y 6 del art. 179 - 5 y 6 de la C.P., se elimina la posibilidad de ser Congresista para la persona perteneciente a un grupo familiar en el cual uno de sus miembros ejerza autoridad civil o política. También se podría aducir que el miembro del grupo familiar que primero accede al servicio público, impide que los restantes posteriormente puedan hacerlo. No obstante, ésta no es la prohibición sino su consecuencia, y la misma se justifica a la luz del precepto prohibitivo y de su finalidad, que no es otra que la de evitar que el poder político se acumule en una misma familia. No es posible perseguir este fin sin que ese efecto se produzca. El Constituyente simplemente consideró que la promoción del interés general justificaba con creces el sacrificio individual que llegare a presentarse”*.

²⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. M.P. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020). Radicación.50001-23-33-000-2020-00001-01

²⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de abril de 2009. C.P. Ruth Stella Correa Palacio Rad. 2007-00581(PI).



condiciones que buscan la realización del interés general, las cuales, conforme a lo dispuesto por la Corte Constitucional, en sede de control abstracto, pueden ser de dos tipos, a saber:

“La Corte ha distinguido dos tipos de inhabilidades atendiendo al bien jurídico protegido o a la finalidad de la limitación: una primera clase agrupa los casos en que se establecen limitaciones para acceder a cargos públicos con fundamento en conductas jurídicamente reprochables llevadas a cabo por el inhabilitado; al paso que en la segunda clase la limitación para acceder a un cargo no se vincula con ninguna conducta previa de quienes resultan inhabilitados, sino que aquí simplemente se consagran requisitos que persiguen lograr la efectividad de los principios y valores constitucionales.”²⁷

53. Considerando a lo mencionado en forma precedente, y en atención a las limitaciones a los derechos políticos que se derivan de las inhabilidades e incompatibilidades, se ha establecido entonces que respecto de su aplicación, es necesario observar los criterios de interpretación restrictiva y no la analógica extensiva.

54. Así mismo, en decisión adoptada por esta Corporación, se reiteró de forma tajante, el criterio antes señalado. En la sentencia del 11 de julio del 2019²⁸ se indicó que “[l]a Sección Quinta ha sido constante en reiterar que en la medida en que las inhabilidades implican la afectación del derecho fundamental a la participación política, en sus modalidades de ser elegido y acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, la interpretación de su alcance es restrictiva²⁹”.

55. Bajo dichos presupuestos, entendiendo el criterio de interpretación restrictiva como aquel que busca la aplicación de la norma a casos concretos³⁰, los operadores jurídicos al momento de determinar la ocurrencia de una inhabilidad o incompatibilidad respecto de quien pretende ocupar un cargo público, deben limitarse de forma específica al alcance los verbos rectores empleados por el legislador -por ejemplo, la gestión de negocios-, a las situaciones de orden jurídico que la originan y su prueba plena -v. gr. el parentesco-, así como a los límites de

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-1062 del 11 de noviembre del 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera ponente Rocío Araújo Oñate. Sentencia once (11) de julio de dos mil diecinueve (2019). Radicación número 54001-23-33-000-2018-00220-02.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 30 de mayo de 2019, M.P.: Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado No. 18001-23-33-000-2018-00194-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 14 de marzo de 2019, radicación 11001 - 03-28-000-2018-00603-00, C.P. Rocío Araújo Oñate. En cuanto a las condiciones que se deben verificar cuando una persona pretenda el acceso a un cargo o empleo y su relación con las causales de inhabilidad, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicación 11001-03-28-000-2016-00001-00 (acumulado), C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Con respecto a la distinción entre las calidades para acceder a un cargo y las causas de inhabilidad, consultar entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de marzo de 1999, radicado 1847, C.P. Mario Alario Méndez. Acerca del otorgamiento del aval como requisito formal para la inscripción de candidatos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de diciembre de 2013, radicación 11001-03-28-000-2013-00037-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto al principio democrático, ver: Corte Constitucional, sentencia de 3 de marzo de 1994, exp. C-089, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Acerca de la triple finalidad que cumple el requisito del aval, consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de julio de 2013, radicación 60001-23-31-000-2012-00004-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto al otorgamiento del aval y el responsable de ello, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 13 de agosto de 2009, radicación 11001-03-28-000-2006-00011-00(3944-3957), C.P. Filemón Jiménez Ochoa.

³⁰ Criterio acogido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en: Sentencia del 29 de enero del 2019. Consejera Ponente Rocío Araújo Oñate. Radicación 11001-03-28-000-2018-00031-00(SU).



orden temporal -ejemplo, durante el año anterior a la elección-, espacial -v.gr. a la jurisdicción donde se llevará a cabo la elección- y a las calidades respecto de quienes se predicán.

56. Dicha línea de argumentación logra que estos condicionamientos se apliquen de forma concreta a las situaciones o eventos que el constituyente y/o el legislador determinaron como circunstancias de inelegibilidad, sin que para el efecto puedan considerarse otros eventos.

57. Bajo la perspectiva de lo descrito, es necesario entonces precisar al recurrente, que aunque en ocasiones es posible auscultar por la finalidad pretendida por la inhabilidad o incompatibilidad -interpretación teleológica-, o establecer un entendimiento de ella en relación con el cuerpo normativo al cual pertenecen -interpretación sistemática-, lo cierto es que, al momento de establecer su configuración, prima el criterio interpretativo restrictivo, por lo que, de ninguna medida el estudio que emprenda el operador judicial puede implicar que se realicen extensiones, analogías o interpretaciones amplias, que conlleven a la aplicación del presupuesto normativo a situaciones diversas a las previstas por el constituyente y/o el legislador, o a vaciar de contenido las mismas en detrimento de su eficacia.

58. Lo anterior sin perjuicio a entender que, en toda medida, los postulados de orden constitucional, como el consagrado en el artículo 40 del texto fundamental, así como aquellos derivados de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como la reseñada por el recurrente -Convención Interamericana de Derechos Humanos, art. 23-, deben ilustrar la función del juez en caso como el que ahora se decide. Lo que sucede es que precisamente, por un lado, el criterio de interpretación restrictivo que se predica respecto de inhabilidades e incompatibilidades busca maximizar la eficacia y vigencia de dichas garantías constitucionales respecto de quienes aspiran a ocupar cargos públicos, pues solamente en los eventos y bajos las condiciones que ellas consagran y no en otros -que se pueden generar de interpretaciones extensivas o analógicas- es procedente predicar su configuración.

59. De otra parte, también puede concluirse, conforme a la jurisprudencia mencionada al inicio del presente acápite, que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades ha sido concebido como un límite legítimo y válido a los derechos políticos, por lo tanto, evidenciar la configuración de alguna de ellas, no implica *per se* una vulneración de estas prerrogativas superiores, sino que por el contrario, conlleva a evitar un desconocimiento de los intereses superiores que se buscan proteger respecto de quienes ocupan dignidades públicas.

60. Por lo dicho, como se precisará en acápite posteriores, se puede observar que el Tribunal Administrativo de Boyacá acudió correctamente al criterio de interpretación que reiteradamente ha sido plasmado por la jurisprudencia en materia de inhabilidades e incompatibilidades, en la medida en que se limitó de forma



específica a las circunstancias de orden fáctico y jurídico que se describen en la inhabilidad alegada como causal de nulidad en la demanda, teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los sujetos procesales, en especial la parte demandante, a quien le corresponde la carga de desvirtuar la legalidad del acto de elección acusado y cuyos reproches permiten delimitar sobre qué versará la controversia judicial, so pena de añadir asuntos ajenos o que van más allá del libelo genitor respecto de los cuales la parte demandada no tuvo la oportunidad de ejercer plenamente derecho a la defensa, como ocurriría por ejemplo, si se verificara la configuración de situaciones de inelegibilidad distintas a las invocadas como sustento de la pretensión anulatoria.

61. En ese orden de ideas, a continuación se describirán los aspectos más relevantes de la causal de inhabilidad invocada, de rango constitucional, haciendo un breve recuento de las modificaciones que ha sufrido y de algunas reflexiones que tales cambios han suscitado respecto de su aplicación, todo esto con el fin de verificar bajo un criterio de interpretación restrictiva, si la demandada incurrió o no en la situación de inelegibilidad alegada, vigente para el momento en que se realizó la designación controvertida.

2.5. De la inhabilidad constitucional de los contralores por el hecho de haber ocupado con anterioridad un cargo en el lugar en el que ejercerán sus funciones

62. El artículo 272 original disponía en el inciso 8 la inhabilidad referente al ejercicio de cargos públicos de la siguiente forma:

*“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien **haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia**” (se subraya).*

63. La jurisprudencia de la Sección Quinta³¹ se pronunció señalando que, de acuerdo con la Constitución, no podía ser contralor quien en el último año hubiese ocupado un cargo público tanto del orden departamental, municipal o distrital en el respectivo ente territorial, pues la finalidad del precepto era evitar que se obtuvieran beneficios indebidos o ventajas por el antecedente de desempeñar un cargo donde pudieran influir para hacerse elegir. Así mismo, prevenir que en el desempeño de la atribución fiscal surgiera para el contralor electo un conflicto de intereses, en relación con las actividades que desarrolló en un empleo público del correspondiente departamento, distrito o municipio.

64. De acuerdo con lo anterior, la Corporación en su momento consideró que la anterior inhabilidad dada su naturaleza especial, era la única que debía

³¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 21 de enero de 1999 Rad. 2130. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 9 de noviembre de 2001 Rad. 76001-23-31-000-2001-0316-01. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 6 de agosto de 2009 Exp. 2008-0176, M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 22 de octubre de 2009 Rad. 73001-23-31-000-2008-00052-03, M.P. Susana Buitrago Valencia.



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

considerarse respecto de situaciones relacionadas con el desempeño de empleos públicos en el lugar donde los contralores ejercerían las funciones, descartando de esta manera la situación de inelegibilidad prevista en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994³², que prima facie debía tener en cuenta en virtud del literal c) del artículo 163³³ de la misma ley³⁴.

65. Llama la atención que el artículo 272 constitucional en su versión original de manera bastante amplia incluyó como situación de inhabilidad, que quienes aspiraran a ser elegidos contralores no podían haber desempeñado en el lugar en el que ejercería sus funciones, un cargo del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia, sin distinguir respecto de éstos algún nivel jerárquico o el ejercicio de ciertas potestades que permitieran predicar una situación excepcional para no incurrir en la causal de inelegibilidad.

66. Ahora bien, la referida inhabilidad constitucional se modificó a través del Acto Legislativo 2 de 2015, con el ánimo de distinguir entre los cargos de orden departamental, distrital o municipal, cuáles eran los que generaba la situación de inelegibilidad por haber sido desempeñados durante el año anterior a la elección de contralor, circunscribiendo tal limitación a los de mayor jerarquía, lo que significa hacer menos restrictiva una de las condiciones para la designación de aquél. Para tal efecto el inciso 8° del artículo 272 constitucional quedó así:

*“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en **el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal**”*
(Destacado fuera de texto).

67. Frente a esta modificación, la Sección en aras de preservar el efecto útil de la norma constitucional y por consiguiente la intención del constituyente de incluir en la causal de inhabilidad los cargos de mayor rango del orden departamental, distrital

³² “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” (Destacado fuera de texto).

³³ “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:

(...)

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

(Se destaca)

³⁴ Sobre el particular, la Sección en providencia del 22 de octubre de 2009 concluyó: “En lo que tiene que ver con la inhabilidad prevista en el artículo 95, numeral 2° de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que es la causal que invoca el demandante como sustento de ilegalidad del acto acusado, la Sala estima que ésta no tienen aplicación en la elección de contralor, pues el desempeño de empleo público, en relación con los contralores, está consagrado expresamente en el artículo 272 de la Constitución Política, según el cual “no podrá ser elegido contralor quien haya ocupado cargo de orden público del orden departamental, distrital o municipal”. Más aun cuando la causal endilgada exige, por una parte, que el ejercicio del cargo se haya realizado en la misma circunscripción territorial respecto de la cual resulta electo, o, por otro lado, que la ordenación del gasto en la ejecución de recursos de inversión o la celebración de contratos, deba ejecutarse o cumplirse en el mismo municipio, requisitos que no se verifican en el caso objeto de estudio”. (Subrayado fuera de texto). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. sentencia de 22 de octubre de 2009, M.P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 73001-23-31-000-2008-00052-03.



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

o municipal, precisó que si el precepto incluyó los de nivel ejecutivo, también debían entenderse incluidos superiores a éste, como los de los niveles asesor y directivo³⁵.

68. De otro lado, por virtud de la aludida reforma, la Sala³⁶ dispuso que la inhabilidad del artículo 95-2 de la Ley 136 de 1994 es complementaria de la constitucional, en cuanto cada una cubre un ámbito diferente en el objetivo común de protección de los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia y moralidad, razonamiento que la Corte Constitucional también aceptó como puede apreciarse en la sentencia C-126 de 2018.

69. Finalmente, a través del Acto Legislativo 4 de 18 de septiembre de 2019, se materializó una reforma que tenía como propósito facilitar a los entes de control fiscal el cumplimiento del mandato constitucional de combatir la corrupción y generar espacios para la renovación institucional y el fortalecimiento de su legitimidad³⁷. Una de las modificaciones se produjo en el artículo 272, en relación con la inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, estableciendo una redacción más clara así:

*“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.*

70. De acuerdo con lo anterior, se encuentra previsto que se genera la inhabilidad: i) por haber sido miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección (la cual ya se encontraba en el texto anterior) y ii) para quien haya **ocupado cargo público en la rama ejecutiva** del orden departamental, distrital o municipal.

71. Sobre la reforma indicó la Corte Constitucional³⁸:

“El nivel jerárquico del cargo público, en virtud de la reforma introducida al artículo 272 por el Acto Legislativo 4 de 2019, no constituye, a partir de dicha reforma, elemento de la inhabilidad, por cuanto en adelante lo que inhabilita es haber ocupado el cargo público “en la rama ejecutiva”, sin que importe para ello el nivel jerárquico del cargo.”

72. La modificación que se introdujo supone que la inhabilidad constitucional respecto del ejercicio de cargos públicos para contralores se amplió en cuanto al nivel jerárquico, pues ya éste no importa, toda vez que se extendió a todos los niveles y ya no sólo a los de carácter ejecutivo y superiores. Sin embargo, tal y como quedó la redacción de la disposición constitucional, esta limitación para el acceso al puesto de contralor territorial **solo es aplicable a los cargos públicos de la rama**

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulado). Consejo de Estado, Sección Quinta, de 7 de diciembre de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Exp. No. 47001-23-33-000-2016-00074-02.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 16 de junio de 2016 Rad. 41001-23-33-000-2016-00059-01, M.P. Rocío Araújo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 4 de mayo de 2017 Rad. 73001-23-33-000-2016-000107-02, M.P. Rocío Araújo Oñate.

³⁷ Gaceta del Congreso 820. Lunes 19 de septiembre de 2019.

³⁸ Corte Constitucional sentencia SU – 566 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.





Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

ejecutiva del respectivo nivel. Por lo tanto, esta inhabilidad no es extensible a los empleos de las ramas legislativa y judicial ni a los órganos de control o de otra organización autónoma, como lo reiteró recientemente esta Sección en providencia del 15 de octubre de 2020³⁹.

73. Asimismo, esta Sección ha precisado que el Acto Legislativo No. 4 de 2019 que subrogó el artículo 272 Superior, no modificó la jurisprudencia del Consejo de Estado que supone la coexistencia de la inhabilidad constitucional, con la dispuesta en el artículo 95.2 de la Ley 136 de 1994 para los contralores, para lo cual se han tenido cuenta entre otros, los fallos C-126 de 2018 y SU 566 de 2019 de la Corte Constitucional⁴⁰.

74. En el caso de autos la designación acusada se produjo por la Asamblea Departamental de Boyacá el 10 de enero de 2020, esto es, con posterioridad a la modificación del artículo 272 constitucional por el Acto Legislativo N° 4 de 2019, por consiguiente, en los estrictos términos en que se previó la causal de inhabilidad, por el hecho de haber desempeñado con anterioridad de la elección, algún cargo en el lugar en donde el contralor ejercerá las funciones, que debe verificarse si se configuró o no la situación de inelegibilidad, lo que forzosamente lleva analizar, si el empleo que antes de la designación controvertida desempeñó la demandada, pertenece o no a la **rama ejecutiva** del orden departamental, distrital o municipal, pues fue esa la condición que estableció el constituyente, y por ende, la que bajo un criterio restrictivo de interpretación debe tenerse en cuenta.

75. Se realiza esta precisión, porque el recurrente hace un recuento de las modificaciones que ha sufrido la anterior causal de inhabilidad, con el propósito de que se aplique de manera amplia y flexible en el sentido de considerar que siempre el propósito ha sido evitar que el contralor elegido pueda ejercer control sobre las actuaciones en las que él participó con anterioridad, sin detenerse a estudiar que con tales modificaciones se ha buscado precisar que el ejercicio de cualquier tipo de cargo en el orden departamental, distrital o municipal no resulta suficiente para la configuración de la situación de inelegibilidad, por lo que en un momento se precisó que sólo eran los del nivel ejecutivo y superiores (con el Acto Legislativo 02 de 2015), y actualmente, de forma exclusiva respecto los miembros de las asamblea o concejo que deba hacer la elección y los empleos pertenecientes a **la rama ejecutiva** de los señalados órdenes, lo que da cuenta de la intención del constituyente de delimitar con mayor claridad la situación de inelegibilidad, lo que a su vez implica que la mentada inhabilidad no pueda extenderse a empleos de las ramas legislativa y judicial ni a los órganos de control o de otras organizaciones autónomas.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 15 de octubre de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 70001-23-33-000-2020-00035-01.

⁴⁰ Sobre el particular ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 15 de octubre de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 70001-23-33-000-2020-00035-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 21 de enero de 2021, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 66001-23-33-002-2020-00494-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 4 de febrero de 2021, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 66001-23-33-000-2020-00499-01.





76. Ahora bien, se insiste en que tal delimitación es respecto de la interpretación y aplicación de la causal de inhabilidad en comento del artículo 272 Superior, sin perjuicio de la vigencia de otras situaciones de inelegibilidad constitucional y legalmente previstas que sean compatibles con el anterior precepto, verbigracia la contenida en el artículo 95.2 de la Ley 136 de 1994⁴¹, que valga la pena resaltar no fue una de las normas invocadas en la demanda, por lo que no fue incluida en la fijación del litigio, ni objeto de pronunciamiento por el *a-quo*, ni el recurso de apelación, por lo que no es procedente su análisis en esta instancia, en la que el estudio se circunscribe a la supuesta configuración de la situación a que hace alusión el inciso 10° del artículo 272 *ibidem*, so pena de sorprender a los sujetos procesales, en especial a la parte demandada, con circunstancias de hecho y derecho nuevas respecto del cuales no ejercieron el derecho de contradicción.

77. Bajo ese entendido, comparte la Sala la precisión que hizo el Ministerio Público en su concepto, consistente en que parte de las providencias en las que soporta su inconformidad el recurrente, fueron proferidas antes de la reforma del artículo 272 constitucional por el Acto Legislativo N° 04 de 2019, como la providencia del 19 de julio de 2018, en la que se reiteró el criterio según el cual, si la causal de inhabilidad (bajo la vigencia del Acto Legislativo N° 02 de 2015) incluyó los cargos de nivel ejecutivo, también debían entenderse incluidos los niveles superiores, con fundamento en consideraciones que en estricto sentido no resultan aplicables al caso de autos, pues como se expuso líneas atrás, la causal de inhabilidad invocada, para el momento de la designación cuestionada, dejó de hacer cualquier referencia al nivel de los empleos, para en su lugar precisar que se trata de los que pertenece a la rama ejecutiva del orden departamental, distrital o municipal.

78. Con todo, también debe precisarse que el señalado fallo del 19 de julio de 2018, fue dejado sin efectos por la Corte Constitucional mediante la sentencia SU-566 de 2019, por lo que en modo alguno el mismo resulta un parámetro válido para sustentar su motivo de inconformidad contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Boyacá dictada dentro del presente trámite.

2.7. Resolución del primer problema jurídico – sobre la discusión de si el personero municipal pertenece o no a la rama ejecutiva del poder público

79. Hechas las anteriores precisiones sobre el alcance de la inhabilidad invocada y el criterio de interpretación restrictivo que debe hacerse de la misma, resta precisar si el *a-quo* acertó o no al estimar que como el empleo de personero de Tuta no pertenece a la rama ejecutiva de esta entidad territorial, no había lugar a considerar que en virtud del desempeño del mismo por la demandada antes de su elección como contralora de Boyacá (hecho que las partes aceptaron), se configuró la situación de inelegibilidad de que trata el inciso 10° del artículo 272 constitucional.

⁴¹ Como lo ha precisado esta Sección en las sentencias antes citadas.



80. Para tal efecto, se expondrán los preceptos constitucionales y legales que ha tenido en cuenta para esclarecer la ubicación en la estructura del Estado de las personerías municipales y seguidamente se mencionaran algunos de los pronunciamientos que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han proferido en la materia.

81. En primer lugar, debe hacerse referencia al artículo 113 de la Constitución Política que establece que son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, y que a renglón seguido enuncia, por una parte, que además de los órganos que integran éstas existen otros autónomos e independientes para el cumplimiento de las demás funciones del Estado, y de otra, que todos ellos aunque tienen atribuciones separadas, colaboran armónicamente para la realización de los fines del Estado.

82. Este artículo como lo ha destacado la Corte Constitucional⁴² y el Consejo de Estado⁴³, es producto del desarrollo que a nivel teórico se ha presentado sobre (I) la división tripartida del poder con el propósito de evitar la arbitrariedad de los gobernantes y (II) el control y colaboración recíprocos que deben existir entre las distintas entidades estatales. Asimismo, el citado precepto da cuenta de autoridades que no pueden clasificarse dentro de las tradicionales ramas del poder, pero que cumplen dentro de la organización estatal funciones de significativa importancia para el alcance de los fines del Estado, como lo reconoció en los siguientes términos el Tribunal Constitucional, recordando las discusiones que tuvieron lugar en la Asamblea Constituyente al redactarse la mencionada norma:

“El principio de la separación de los poderes surge como resultado de la búsqueda de mecanismos institucionales enderezada a evitar la arbitrariedad de los gobernantes y a asegurar la libertad de los asociados. Por esta razón, se decide separar la función pública entre diferentes ramas, de manera que no descansen únicamente en las manos de una sola y que los diversos órganos de cada una de ellas se controlen recíprocamente.

Desde las primeras formulaciones de este principio en la edad moderna, en el siglo XVII, se han planteado diversos modelos de configuración de la separación de los poderes, pero por encima de las modalidades planteadas prevalece la concepción de que la separación de las ramas del poder público es inherente al régimen democrático y constituye uno de sus elementos procedimentales de legitimación.

El modelo de división tripartita del poder propuesto por Montesquieu encontró gran resonancia dentro de los teóricos del Estado y en la expedición misma de las Constituciones Políticas, si bien en Estados Unidos asumió un camino que exigía la cooperación entre las distintas ramas del poder (el llamado checks and balances), mientras que en el continente europeo se estableció una rígida separación entre ellas. Sin embargo, el modelo tripartito no se ajusta ya a la realidad institucional y por ello ha sido frecuentemente cuestionado. Es así como se considera que en los regímenes

⁴² Verbigracia Corte Constitucional, sentencia C-312 del 25 de junio de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴³ Ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 16 de diciembre de 2020, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 11001-03-28-000-2020-00089-00.



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

parlamentarios no se puede hablar de separación entre el Ejecutivo y el Legislativo, puesto que su funcionamiento exige una permanente cooperación e identidad entre los dos - lo que se manifiesta en el hecho de que el Ejecutivo se conforma y renueva de acuerdo con la voluntad del Legislativo, al tiempo que éste último también puede ser disuelto por el Ejecutivo -, razón por la cual algunos han llegado incluso a plantear que en este tipo de regímenes la separación de poderes se verifica entre el Ejecutivo, la oposición parlamentaria y el tribunal constitucional.

De otro lado, la misma práctica gubernamental ha mostrado, con diferencias de país a país, que algunas instituciones requieren de una considerable independencia para el cabal cumplimiento de sus funciones. Con base en esa constatación, diversos órganos que tradicionalmente estuvieron sujetos a una de las tres ramas del poder público han sido dotados en los últimos decenios de un considerable grado de autonomía. Así ha ocurrido en diversos países latinoamericanos con las cortes electorales y en algunos países europeos con los bancos centrales.

6. La discusión acerca de la pertinencia de la consagración constitucional de la división tripartita del poder también se presentó en la Asamblea Nacional Constituyente. En diversas ponencias se propuso reconocer la existencia de otras ramas del poder, distintas a las tradicionales, entre las cuales estarían la rama de control y la electoral⁴⁴. Finalmente, se decidió continuar con el modelo tripartito de división de los poderes, pero admitiendo la existencia de otros órganos autónomos e independientes. Al respecto preceptúa el artículo 113 de la Carta:

“Artículo 113. Son ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines”.

En consecuencia, en el Capítulo I del Título V de la Constitución, acerca de la estructura del Estado, se hace referencia ya no únicamente a los órganos de las ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial, sino también al Ministerio Público, a la Contraloría General de la Nación y a la Organización Electoral. Además, debe agregarse que en la Constitución también se le reconoce autonomía al Banco de la República y a la Comisión Nacional de Televisión.

7. En el citado artículo 113 de la Carta se expresa que las ramas y los órganos del Poder Público son autónomos e independientes, aun cuando deben colaborar para la realización de sus fines. Para garantizar la autonomía de los distintos ramas y órganos, la Constitución establece una serie de disposiciones. Esas normas hacen relación, entre otras cosas, a las funciones de cada órgano y a sus condiciones de autonomía administrativa y presupuestal; a los procedimientos para el nombramiento, sanción o destitución de los titulares de esas instituciones; al período de ejercicio de los mismos y a las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que están sujetos; a las condiciones que deben cumplir los ciudadanos para acceder a determinados cargos, etc. Todas estas normas constituyen una especie de muro de protección de la autonomía de los diversos órganos y ramas del Poder, muro cuyos componentes se asemejan o diferencian de mecanismos creados con el mismo

⁴⁴ Ver para el efecto el informe - ponencia presentado por la subcomisión encargada del estudio de la Rama Ejecutiva del Poder Público, publicado en la Gaceta Constitucional N° 59, del 5 de abril de 1991, pp. 2-13. En la página 5 se hace un resumen de las diversas propuestas hechas acerca de la división del Poder. Confrontar, asimismo, las proposiciones sustitutivas presentadas por los constituyentes Augusto Ramírez Ocampo y María Teresa Garcés Lloreda, las cuales se encuentran en la Gaceta N° 105, de mayo 22 de 1991, pp. 23 a 26



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

*objetivo en otros países y sobre cuya adecuación para el fin deseado se pueden realizar diferentes juicios”.*⁴⁵ (Destacado fuera de texto).

83. De la transcripción efectuada se destaca a propósito de la estructura del Estado, el reconocimiento constitucional de entidades que no hacen parte de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del poder, que gozan de autonomía e independencia, entre las que se encuentran las que ejercen el Ministerio Público, respecto del cual el artículo 118 Superior prescribe:

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

84. Como puede apreciarse, los personeros se encuentran dentro de las autoridades que ejercen el Ministerio Público, y por ende, que velan por la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, condición que es ratificada por el artículo 169 de la Ley 136 de 1994⁴⁶ que consagra la naturaleza del cargo de personero municipal y distrital.

85. En cuanto al nombramiento de los personeros, el artículo 313.8 de la Constitución indica que está a cargo de los concejos municipales, cuya decisión según el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, luego de su modificación por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, está precedida de un concurso público de méritos, lo que garantiza que tales empleos serán desempeñado por personas idóneas luego de un trámite de selección objetivo, lo que contribuye al ejercicio autónomo e independiente de sus funciones de Ministerio Público⁴⁷.

86. Asimismo, de conformidad con los numerales 2 y 8 del artículo 32 de la Ley 136 de 1994, relativos a las funciones de los concejos, se encuentran las de exigir informes escritos o citar entre otros funcionarios al personero, para que hagan “*declaraciones orales sobre asuntos relacionados con la marcha del municipio*” y la de organizar la personería y dictar las normas necesarias para su funcionamiento.

87. En cuanto a la citación que puede realizar los concejos a los personeros y otros funcionarios, el artículo 39 de la ley antes señalada⁴⁸ estableció que las

⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-312 del 25 de junio de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁶ “ARTÍCULO 169. NATURALEZA DEL CARGO. Corresponde al personero municipal o distrital en cumplimiento de sus funciones de Ministerio Público la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas”.

⁴⁷ Como lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 6 de marzo de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁴⁸ “ARTÍCULO 39. MOCIÓN DE OBSERVACIONES. Al finalizar el debate correspondiente y con la firma de por lo menos la tercera parte de los miembros de la corporación, se podrá proponer que el Concejo observe las decisiones del funcionario citado.



corporaciones públicas pueden adoptar moción de observaciones, facultad que la Corte Constitucional mediante la sentencia C-405 de 1998 a la que se hará referencia con posterioridad, declaró exequible condicionadamente, en el entendido que tales observaciones respecto del personero, *“sólo puede recaer sobre funciones que le fueron conferidas por el propio concejo”*, y además, que la remisión de las mismas al alcalde, *“no faculta al jefe de la administración local a tomar medidas en contra del personero”*.

88. En relación con la facultad que tienen los concejos municipales de organizar las personerías y dictar las normas necesarias para su funcionamiento, consagrada en el artículo 32.8 *ibídem*, se encuentra el artículo 180 de la Ley 136 de 1994, según el cual, *“los concejos, a iniciativa de los personeros y previo concepto favorable de la Procuraduría Delegada para Personeros podrán crear Personerías Delegadas de acuerdo con las necesidades del municipio”*.

89. Igualmente se observa que según el artículo 177 de la Ley 136 de 1994, luego de su revisión por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-223 de 1995, que *“los salarios y prestaciones de los personeros, como empleados de los municipios, se pagarán con cargo al presupuesto del municipio. La asignación mensual de los personeros, será igual al cien por ciento (100%) del salario mensual aprobado por el Concejo para el alcalde”*.

90. Ahora bien, pese a que los anteriores aspectos dan cuenta del papel que tienen las autoridades locales sobre las personerías, no debe pasarse por alto el reconocimiento legal de su autonomía administrativa y presupuestal, como se desprende entre otros, de los artículos 181 de la Ley 136 de 1994⁴⁹, 108 y 110 del Decreto 111 de 1996⁵⁰.

La propuesta se votará en plenaria entre el tercero y décimo día siguientes a la terminación del debate. Aprobada la moción, por el voto de la mitad más uno de los miembros de la corporación, se comunicará al alcalde. Si fuere rechazada, no podrá presentarse otra sobre la misma materia, a menos que hechos nuevos la justifiquen”.

⁴⁹ “ARTÍCULO 181. FACULTADES DE LOS PERSONEROS. Sin perjuicio de las funciones que les asigne la Constitución y la ley, los personeros tendrán la facultad nominadora del personal de su oficina, la función disciplinaria, la facultad de ordenador del gasto asignados a la personería y la iniciativa en la creación, supresión y fusión de los empleos bajo su dependencia, señalarles funciones especiales y fijarles emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes”.

⁵⁰ “ARTICULO 108. Las contralorías y personerías distritales y municipales tendrán la autonomía presupuestal señalada en la Ley Orgánica del Presupuesto (Ley 225/95, artículo 30).

(..)

“ARTICULO 110. <Artículo modificado por el artículo 124 de la Ley 1957 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> Los órganos que son una sección en el Presupuesto General de la Nación, tendrán la capacidad de contratar y comprometer a nombre de la persona jurídica de la cual hagan parte, y ordenar el gasto en desarrollo de las apropiaciones incorporadas en la respectiva sección, lo que constituye la autonomía presupuestal a que se refieren la Constitución Política y la ley. Estas facultades estarán en cabeza del jefe de cada órgano quien podrá delegarlas en funcionarios del nivel directivo, o quien haga sus veces, y serán ejercidas teniendo en cuenta las normas consagradas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en las disposiciones legales vigentes.

En la sección correspondiente a la rama legislativa estas capacidades se ejercerán en la forma arriba indicada y de manera independiente por el Senado y la Cámara de Representantes; en la sección correspondiente a la Rama Judicial serán ejercidas por el Consejo Superior de la Judicatura; igualmente en el caso de la Jurisdicción Especial para la Paz serán ejercidas por la Secretaría Ejecutiva de la misma.

En los mismos términos y condiciones tendrán estas capacidades las Superintendencias, Unidades Administrativas Especiales, las Entidades Territoriales, Asambleas y Concejos, **las Contralorías y Personerías** Territoriales y todos los demás órganos estatales de cualquier nivel que tengan personería jurídica.

En todo caso, el Presidente de la República podrá celebrar contratos a nombre de la Nación” (destacado fuera de texto).



91. También debe considerarse el artículo 178 de la Ley 136 de 1994 que consagra las funciones que ejercerán los personeros en los respectivos municipios, aclarando de una parte, que tal listado es adicional a las que determine “*la Constitución, la Ley, los Acuerdos*”, y de otra, que se desarrollarán bajo “*la dirección suprema del Procurador General de la Nación*”. Asimismo debe tenerse en cuenta el artículo 181 de la misma ley, según el cual, “*sin perjuicio de las funciones que les asigne la Constitución y la ley, los personeros tendrán la facultad nominadora del personal de su oficina, la función disciplinaria, la facultad de ordenador del gasto asignado a la personería y la iniciativa en la creación, supresión y fusión de los empleos bajo su dependencia, señalarles funciones especiales y fijarles emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes*”.

92. Finalmente, se estima pertinente destacar que la Ley 909 de 2004, que tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública, en su artículo 3.1 describe los servidores públicos respecto de los cuales dicha ley se aplica en su integridad, identificando 4 grupos así:

1. Quienes desempeñan empleos pertenecientes a la carrera administrativa en las entidades de **la Rama Ejecutiva del nivel Nacional y de sus entes descentralizados**.
2. Quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las corporaciones autónomas regionales, **las personerías**, la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Comisión Nacional de Televisión, la Auditoría General de la República y la Contaduría General de la Nación.
3. Los empleados públicos de **carrera de las entidades del nivel territorial**: departamentos, Distrito Capital, distritos y municipios y sus entes descentralizados;
4. Los empleados de las **asambleas departamentales, de los concejos distritales y municipales y de las juntas administradoras locales**. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los diputados y concejales.

93. Los anteriores preceptos normativos, que dan cuenta que los personeros ejercen en los respectivos municipios funciones del Ministerio Público, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, pero cuyos salarios y prestaciones están a cargo de la entidad territorial, son elegidos por los concejos municipales (previo concurso de méritos), quienes les puede asignar funciones, realizar respecto de éstas moción de observaciones y dictar las normas relativas a la organización y funcionamiento de las personerías, que en todo caso cuentan con autonomía administrativa y presupuestal, lo que facilita que puedan ejecutar de manera independiente las labores de control respecto de las autoridades de la entidad territorial, han suscitado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, pronunciamientos disímiles sobre la pertenencia o no de los personeros a la estructura organizacional de los municipios, lo que a su vez podría tener incidencia en la configuración de la causal de inhabilidad invocada, como lo



revelan las posiciones de la parte demandante por un lado y la demandada, el juez de primera instancia y el Ministerio Público por el otro.

94. Esto último en atención, a que el accionante a partir de algunos pronunciamientos que señalan que los personeros son parte de la organización municipal, estima que puede considerarse que también hacen parte de la rama ejecutiva, mientras quienes defienden la posición opuesta descartan la pertenencia de los personeros a la anterior rama del poder público, con fundamento en algunas providencias que han indicado que aquéllos no hacen parte de la administración municipal sino del Ministerio Público.

95. Para ilustrar esta situación, se hará referencia a algunos de las providencias que respaldan las anteriores posturas interpretativas.

96. En primer lugar se resalta el fallo C-223 de 1995 de la Corte Constitucional, que se pronunció sobre el artículo 177 de la Ley 136 de 1994 que establece cómo se calcula la asignación mensual de los personeros, que en su versión original contemplaba que los que trabajaban en municipios y distritos de primera y segunda categoría ganaban **igual** que los alcaldes de éstos, mientras los que ejercían sus funciones en los categorías menores sólo percibía el **70%** del salario de los respectivos burgomaestres, distinción que fue considerada contraria al principio de igualdad, pues no se advirtió justificación suficiente para establecer el referido tratamiento diferenciado, por lo que se eliminaron del precepto analizado las expresiones que permitían este, para que en su lugar todos recibieran el mismo tratamiento, con lo cual la referida norma quedó así:

“ARTÍCULO 177. SALARIOS, PRESTACIONES Y SEGUROS. <Apartes tachados declarados INEXEQUIBLES> Los salarios y prestaciones de los personeros, como empleados de los municipios, se pagarán con cargo al presupuesto del municipio. La asignación mensual de los personeros, ~~en los municipios y distritos de las categorías especial, primera y segunda~~ será igual al cien por ciento (100%) del salario mensual aprobado por el Concejo para el alcalde. ~~En los demás municipios será igual al setenta por ciento (70%) del salario mensual aprobado por el Concejo para el alcalde.~~

Los personeros tendrán derecho a un seguro por muerte violenta, el cual debe ser contratado por el alcalde respectivo” (aportes tachado declarados inexecutable).

97. En el análisis que llevó a cabo la Corte Constitucional, se precisó que el *“personero municipal **aun cuando puede considerarse como agente del Ministerio Público, en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución, no es en sentido estricto y en los términos de los artículos 277 y 280 de la Constitución delegado inmediato, como lo son los procuradores delegados, ni agente permanente del Procurador General de la Nación ante las autoridades jurisdiccionales, no pertenece ni orgánica ni jerárquicamente a la estructura de la Procuraduría General de la Nación ni a la planta de personal de la misma; es un funcionario del orden municipal, aun cuando se encuentra sujeto a la dirección suprema del Procurador General de la Nación y, por lo tanto, sus funciones se***



desarrollan dentro de un sistema de articulación funcional y técnica, en virtud del cual, de alguna manera, se encuentra sujeto a la autoridad y al control de la Procuraduría y del Defensor del Pueblo, como se deduce de las siguientes funciones que le asigna el art. 178 de la ley 136 de 1994” (destacado y subrayado fuera de texto).

98. En ese orden de ideas, luego de destacar algunas de las funciones previstas en el anterior artículo, señaló:

“Consecuente con lo expresado, si bien la personería y el personero son órganos institución y persona del nivel municipal, que forman parte del Ministerio Público, no se puede asimilar al personero a la condición de delegado o agente del Ministerio Público dependiente del Procurador General de la Nación, en los términos de los arts. 118, 277 y 280 de la C.P.

En este orden de ideas, la norma del art. 280 de la C.P. se aplica única y exclusivamente a quienes tienen el carácter de agentes del Ministerio Público dependientes del Procurador, los cuales actúan de manera permanente con fundamento en las atribuciones señaladas en la Constitución y la ley ante los magistrados y jueces que ejercen la función jurisdiccional.

4. Análisis de los cargos de la demanda.

*En cuanto a la posibilidad de que la norma acusada pudiera establecer diferentes categorías de personeros, es preciso tener en cuenta **que la personería municipal es parte integrante de la organización municipal que se estructura**, a partir de la consideración de que el municipio es una entidad territorial, descentralizada y autónoma, "fundamental de la división político- administrativa del Estado" que le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demanda el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes". (Art. 311 C.P.) (...)*

La personería municipal como una de las entidades que hace parte de la estructura municipal se erige por tal razón como una dependencia municipal. Efectivamente, dicha estructura cuenta con una planta de personal de la cual hace parte el personero, quien indudablemente es una autoridad propia del municipio, pues es elegido por el concejo municipal (art. 313, numeral 8 C.P.)” (Destacado y subrayado fuera de texto).

99. A partir del análisis antes expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado ha considerado, por ejemplo, en materia de modificación de las estructuras administrativas y plantas de personal de las personerías municipales, así como de la supresión de los cargos pertenecientes a estas, que orgánicamente hacen parte de la administración municipal⁵¹, precisión que también se ha tenido en cuenta en el ámbito pensional, a fin de establecer si los funcionarios pertenecientes a tales entidades son o no destinatarios del régimen especial para los servidores de la rama judicial y el Ministerio Público⁵².

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 19 de enero de 2017, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez, Rad. 25000-23-24-000-2007-00203-02

⁵² Consejo de Estado, Sección Segunda - Subsección A, sentencia del 23 de marzo de 2017, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 25000-23-42-000-2012-01170-01 (1370-2014). Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, fallo del 5 de abril de 2017, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Rad. 25000-23-42-000-2013-00539-01(0250-14). Consejo de



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

100. En cuanto a los pronunciamientos según los cuales los personeros no hacen parte de la administración municipal, se destacan entre otros, los fallos C-405 de 1998 y C-365 de 2011, en los que se llegó a tal conclusión, en atención a la forma autónoma en la ejercen sus funciones de control como parte del Ministerio Público.

101. En el primer fallo se revisó la constitucionalidad de los artículos 38 y 39 de la Ley 136 de 1994, que establecen la facultad de los concejos de citar entre otros funcionarios a los personeros y contralores y realizar respecto de los mismos moción de observaciones, en tanto la parte accionante consideró que tal potestad vulnera la autonomía e independencia con la que ejercen las funciones de control a nivel local.

102. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de los mencionados preceptos, indicando que debían permanecer en el ordenamiento jurídico en consideración a que era válido que los concejos puedan realizar un reproche público sobre la forma en que el contralor y el personero ejercen sus funciones en la entidad territorial, pero aclaró que ello no implica que en virtud de dicho juicio y la moción de observaciones que pudiere efectuarse, se estaba habilitando al alcalde a tomar medidas contra tales funcionarios, por cuanto ellos no son subordinados del burgomaestre, entre otras razones porque no hacen parte de la administración municipal.

103. Añadió, que en tratándose de los personeros, debido a que adelantan funciones de Ministerio Público, no se advierte un interés directo de los concejos en reprochar públicamente el ejercicio de la labor de aquéllos, por lo que por regla general no pueden ser sujetos de moción de observaciones, salvo respecto de aquellas tareas que por disposición del artículo 178 de la Ley 136 de 1994, fueron asignadas por la corporación de elección popular, en tanto frente a las desarrolladas como Ministerio Público no tenía injerencia alguna.

104. Para llegar a las anteriores conclusiones, se expusieron entre otras las siguientes razones, a través de las cuales la Corte al interpretar armónicamente las disposiciones que relacionan a los personeros con las entidades territoriales en las que ejercen sus funciones y el Ministerio Público, aclaró que no hacen parte de la administración municipal debido a la autonomía que le es consustancial para realizar la labor que les corresponde:

*“9- La personería y la contraloría son órganos municipales. Sin embargo, la Carta confiere a esas entidades autonomía e independencia, a fin de que puedan ejercer adecuadamente las funciones de control que les competen. Así, la contraloría ejerce la vigilancia de la gestión fiscal y el control de resultados de la administración (CP arts 119 y 267), por lo cual, tanto en el plano nacional como a nivel municipal, goza de autonomía administrativa y presupuestal (CP arts 267 y 272). **Por su parte, el personero, si bien es elegido por el concejo municipal (CP art. 313 ord. 8º), en manera alguna es un***

Estado, Sección Segunda – Subsección B, sentencia del 14 de agosto de 2020, M.P. César Palomino Cortés, Rad.: 25000-23-42-000-2013-04456-01.





Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

servidor público dependiente de esta entidad, pues ejerce funciones de Ministerio Público a nivel local, por lo cual le corresponde, entre otras atribuciones, la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta de los otros servidores públicos (CP art. 118).

Como vemos, el contralor municipal y el personero, si bien son órganos municipales, no dependen directamente del alcalde ni del concejo, ya que son organismos de control que gozan de autonomía administrativa y presupuestal, precisamente para poder ejercer adecuadamente sus funciones de control. Así las cosas, la pregunta que obviamente surge es la siguiente: ¿la autonomía de esos funcionarios impide que sean citados por el concejo y que éste eventualmente formule una moción de observaciones sobre su comportamiento? (...)

En ese mismo orden de ideas, la labor de los personeros tampoco es extraña a las competencias de los concejos municipales pues ambos existen en gran parte para fiscalizar la labor de la administración local a fin de que ésta cumpla adecuadamente sus labores, esto es, que las alcaldías actúen en beneficio del interés común, sin que sus funcionarios infrinjan las leyes o abusen de sus atribuciones. Es cierto que la función de control del concejo y el personero tienen cada una su especificidad, pues la fiscalización de los concejos es eminentemente política, por las características de este cuerpo representativo, **mientras que la tarea del personero tiene otro carácter, por cuanto éste ejerce funciones de Ministerio Público.** Sin embargo, en ambos casos existe el interés de fiscalizar la gestión de la administración. Por ello históricamente la figura del ombudsman, que corresponde en gran medida, en otros países, al Ministerio Público en nuestro régimen constitucional, se encuentra tan íntimamente ligada a la labor de fiscalización de los cuerpos representativos, que se considera que estos funcionarios son una suerte de agentes de esas corporaciones. El sistema colombiano acoge otro modelo, ya que **el Ministerio Público es un órgano de control autónomo, pero no por ello se encuentra separado de las actividades del Congreso, en el plano nacional, ni de los concejos, en el ámbito local,** lo cual explica que estos cuerpos representativos tengan una incidencia directa en su elección (CP arts 276 y 313 ord 8º). Además, en el caso específico de los personeros municipales, el artículo 178 de la Ley 136 de 1994 señala que fuera de las funciones que determinen la Constitución y las leyes, este funcionario ejercerá también las atribuciones que le fijen los respectivos acuerdos municipales. Por ende, si el concejo, mediante acuerdo, puede señalar al personero del respectivo municipio nuevas responsabilidades, resulta razonable que esa corporación pueda ejercer un especial control sobre la manera como este funcionario ha desarrollado esos cometidos.

Conforme a lo anterior, la Corte comparte el criterio de aquellos intervinientes que consideran que las citaciones y los cuestionarios del concejo a los personeros y a los contralores para que respondan a unas preguntas relacionadas con el ejercicio de sus funciones no afecta intensamente la autonomía de estos servidores, ya que se trata de obtener información relativa a los deberes de su cargo. En cambio ese mecanismo permite un mejor desarrollo del control político por los concejos pues permite que esas corporaciones puedan obtener, de primera mano, una información que es importante para el desarrollo del control político sobre la administración y para que esa corporación pueda cumplir en mejor forma sus atribuciones.

13- Por el contrario, la Corte considera que la posibilidad de que el concejo llegue a formular una moción de observaciones sobre la actividad de estos funcionarios suscita importantes interrogantes constitucionales, **por las siguientes dos razones:**

De un lado, como se vio, la figura de la moción de observaciones está estructurada sobre la idea de que debe recaer sobre un funcionario que dependa directamente del alcalde. En efecto, no otro puede ser el sentido de que la moción sea enviada al jefe de



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

la administración local puesto que de esa manera se pretende que el concejo no sólo formule públicamente una crítica a la actuación de un determinado servidor público sino además que el alcalde, en caso de que lo considere pertinente, tome la medida de rigor. Por ello es natural que la figura pueda ser usada en relación con los secretarios, los jefes de departamento administrativo y los representantes legales de entidades descentralizadas, ya que todos estos funcionarios son agentes del alcalde y dependen directamente de él. **En cambio, el personero y el contralor no se encuentran subordinados jerárquicamente frente al alcalde ya que son organismos autónomos de control, por lo cual resulta discutible la aplicación de la moción de observaciones en su caso, por cuanto, como se dijo, ésta se encuentra estructurada sobre la base del predominio del alcalde sobre los funcionarios observados.**

De otro lado, no se debe olvidar que si bien el personero y los contralores mantienen relaciones con el concejo, en todo caso son organismos de control que gozan de autonomía orgánica y financiera, y tienen una garantía institucional sobre su independencia, a fin de que puedan cumplir adecuadamente sus funciones (CP arts. 113 y 117). Esto significa que en sentido estricto estos órganos no hacen parte de la administración municipal, que es el aparato sobre el cual los concejos ejercen su control político, así como el Congreso ejerce control sobre el gobierno y la administración (CP art. 114). (Destacado y subrayado fuera de texto)

105. Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia C-365 de 2011, al estudiar una demandada contra los artículos 108 y 110 del Decreto 111 de 1996, porque a juicio del demandante les reconocía a las personerías distritales y municipales autonomía presupuestal, aunque en su criterio como órganos del nivel local no tienen tal atribución, la Corte subrayó en los siguientes términos que dicha autoridades de control “no hacen parte de la administración municipal, porque se trata de entidades que por mandato superior gozan de la debida autonomía administrativa y presupuestal para el cumplimiento de su función de fiscalización de la actividad administrativa”. Del referido fallo se destacan las siguientes consideraciones:

“La Constitución Política no involucra a las contralorías municipales dentro del concepto de administración local, y mal haría en hacerlo, toda vez que son organismos que dentro del ámbito de su jurisdicción están llamados a ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración municipal, en forma posterior y selectiva, de acuerdo con lo estipulado en la regla 272 de la Carta Política, que para estos efectos les reconoce las mismas funciones y características de la Contraloría General de la República, ente las cuales se destaca su carácter técnico y su autonomía administrativa y presupuestal, sin que en ningún momento puedan ejercer funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización, según las voces del artículo 268 Superior.

La independencia funcional y orgánica de estos entes de control local con respecto a la denominada administración municipal, se halla garantizada por la forma en que debe ser determinada su estructura administrativa, como quiera que la norma superior en comento dispone que compete a las asambleas y concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías, como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal.

Además dicha autonomía se asegura mediante el mecanismo de designación de quienes deben desarrollar la función de vigilancia de la gestión fiscal, puesto que



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

conforme al mencionado artículo 272 de la Suprema Ley, deben ser nombrados por las asambleas y los concejos distritales para período igual al de gobernador y alcalde, según el caso, de ternas integradas, con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo. (...)

Ahora bien, esta autonomía también es predicable de la personerías municipales que como integrantes del Ministerio Público tienen a su cargo en el nivel local la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas (art. 118 de la C.P.), tareas que deben cumplir con la debida independencia de las instituciones que integran la administración local, para lo cual se dispone que los personeros deben ser elegidos por el concejo municipal (art. 313-8 de la C.P.).

Estando claro que **los órganos de control del nivel local no hacen parte de la administración municipal, porque se trata de entidades que por mandato superior gozan de la debida autonomía administrativa y presupuestal para el cumplimiento de su función de fiscalización de la actividad administrativa,** es fácil inferir que el alcalde carece de competencia para ordenar sus gastos como se si tratara de instituciones que conforman la infraestructura administrativa del municipio.

La imposibilidad del alcalde para oficiar como ordenador del gasto de las contralorías y personerías municipales, asumiendo directamente la capacidad para contratar y comprometer las partidas presupuestales asignadas a nombre de estos órganos de control, constituye prenda de garantía de la efectividad del principio basilar del Estado Social de Derecho, que consagra el artículo 113 Fundamental y que corrobora el artículo 121, en virtud del cual los diferentes órganos estatales tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines, estándoles vedado el ejercicio de funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley. (...)

Es incuestionable, pues, que las contralorías y personerías tienen competencia para ordenar sus gastos con independencia de lo decidido por el alcalde para la administración local, lo cual constituye, incuestionablemente, una expresión de la autonomía presupuestal que les reconoce la Carta Política para la consecución de las altos propósitos que les ha trazado el Estatuto Superior. (...)

Así mismo, **debe señalarse que si tanto las personerías como las contralorías municipales no son parte de la administración local - aún cuando estén autorizadas para desarrollar actividades administrativas inherentes a su propia organización (art. 268 de la C.P.)-, resulta improcedente el cargo formulado por el actor sobre la violación del artículo 209 Fundamental, que se refiere al ejercicio de la función que despliegan las autoridades administrativas, cuya actuación debe sujetarse a los principios superiores de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”.**

106. Este criterio de interpretación también puede apreciarse en algunos conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵³, y decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁵⁴, según los cuales “los órganos de control,

⁵³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2373 del 31 de julio de 2018, M.P. Álvaro Namén Vargas, Rad. 11001-03-06-000-2018-00045-00. En el mismo sentido ver los conceptos Nos. 1788 de 2006, 1864 de 2007 y 2282 de 2016 de la misma sala.

⁵⁴ (I) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 17 de marzo de 2005, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, Rad. 25000-23-24-000-2004-00224-01(3476). (II) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de marzo de 2011, M.P. Mauricio



como las contralorías y personerías no pertenecen al sector central o descentralizado de la Administración, pues no hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público⁵⁵, precisión que en materia de inhabilidades ha sido relevante para desvirtuar la configuración de algunas de las causales de inelegibilidad, cuando se alega que en virtud de ejercicio de los referidos empleos, con anterioridad a la designación controvertida, se ocupó algún cargo o empleo público dentro del sector central o descentralizado del municipio el que ejercerá sus funciones el elegido o nombrado.

107. Asimismo se tiene, que con el ánimo de armonizar los criterios y normas hasta aquí expuestos, a partir de los cuales por los términos empleados se genera duda sobre la pertenencia o no de los personeros a la administración local y/o al Ministerio Público, o en qué términos se deben predicar tales relaciones, también se han dictado algunos pronunciamientos como el concepto del 19 de septiembre de 2017 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el cual se estima pertinente, y que pretendió aclarar que:

- (I) El Ministerio Público es un órgano de control autónomo e independiente, que no se identifica con una única entidad orgánica y funcionalmente homogénea.
- (II) Dentro de los integrantes del Ministerio Público se encuentran los personeros (porque así lo indica el artículo 118 Superior).
- (III) Los personeros son empleados del orden municipal⁵⁶.
- (IV) Los personeros pertenecen a la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, organismos que forman parte del nivel local⁵⁷, pero que goza de autonomía administrativa y presupuestal⁵⁸.
- (V) Por la anterior circunstancia, no puede considerarse que los personeros hacen parte de la planta de la Procuraduría General de la Nación.
- (VI) Pero tampoco predicar que los personeros hacen parte de la administración municipal, pues en el ejercicio de sus funciones no dependen de la misma, sino de la dirección suprema del Procurador General de la Nación, en virtud de la coordinación y articulación que debe imperar en el ejercicio de las funciones de Ministerio Público, las cuales se deben ejercer de manera autónoma e independiente frente a las autoridades locales.

108. Del referido concepto se destacan los siguientes apartes:

Torres Cuervo, Rad. 76001-23-31-000-2009-00483-02. (III). Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de febrero 2016, M.P. Filemón Jiménez Ochoa, Rad. 68001-23-15-000-2004-00353-01(3791). (IV) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 29 de septiembre de 2016, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 13001-23-33-000-2016-00103-01. (V) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de julio dos de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad, 73001-23-33-002-2018-00204-03.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de julio dos de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad, 73001-23-33-002-2018-00204-03.

⁵⁶ Como expresamente lo indica el artículo 177 de la Ley 136 de 1994.

⁵⁷ Como se advierte por ejemplo del papel que tiene los concejos municipales en su organización, funcionamiento y creación de personerías delegadas, según los artículos 32.8 y 180 de la Ley 136 de 1994.

⁵⁸ Artículos 181 de la Ley 136 de 1994⁵⁸, 108 y 110 del 111 de 1996



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

“El Ministerio Público es uno de los órganos de control del Estado (arts. 113 y 117 de la C.P.). Es ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los Procuradores Delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley.

El Procurador General de la Nación tiene la suprema dirección del Ministerio Público; cumple sus funciones directamente o a través de sus "delegados y agentes". (art. 242-2-4, 275, 277, 278 y 281 C.P.)

De modo general corresponde al Ministerio Público "la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas" (art. 118 C.P.). Dichas atribuciones aparecen señaladas concretamente con respecto al Procurador General y al Defensor del Pueblo en los arts. 277, 278 y 282 constitucionales.

Conforme a las precisiones precedentes, se puede inferir que el Ministerio Público tiene un carácter institucional en la Constitución que corresponde al órgano autónomo e independiente de control encargado de realizar específicas funciones estatales; pero es de anotar, que el Ministerio Público no se manifiesta e identifica como una entidad única, orgánica y funcionalmente homogénea, pues la variedad de las funciones que le han sido encomendadas están asignadas a los órganos institucionales y personales que se determinan en el art. 118. (...)

El personero municipal, aun cuando puede considerarse como agente del Ministerio Público, en el sentido de que actúa o funge como tal al desarrollar funciones que pertenecen a la órbita de dicha institución, no es en sentido estricto y en los términos de los artículos 277 y 280 de la Constitución delegado inmediato, como lo son los procuradores delegados, ni agente permanente del Procurador General de la Nación ante las autoridades jurisdiccionales, no pertenece ni orgánica ni jerárquicamente a la estructura de la Procuraduría General de la Nación ni a la planta de personal de la misma; es un funcionario del orden municipal, aun cuando se encuentra sujeto a la dirección suprema del Procurador General de la Nación y, por lo tanto, sus funciones se desarrollan dentro de un sistema de articulación funcional y técnica, en virtud del cual, de alguna manera, se encuentra sujeto a la autoridad y al control de la Procuraduría y del Defensor del Pueblo, como se deduce de las siguientes funciones que le asigna el art. 178 de la ley 136 de 1994. (...)

*Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-223 de 1995, señaló que el **Ministerio Público no se manifiesta e identifica como una entidad única, orgánica y funcionalmente homogénea**, pues la variedad de las funciones que le han sido encomendadas están asignadas a los órganos institucionales y personales que se determinan en el art. 118.¹⁶*

*Ahora bien (sic) en lo que tiene que ver con **los personeros**¹⁷, si bien estos ejercen funciones del Ministerio Público, no pertenecen a la estructura orgánica del mismo. En la sentencia precitada el Alto Tribunal resaltó: (...)*

En concordancia con esta posición, esta Subsección, en sentencia de 25 de marzo de 2010, C.P.: Dr. Luis Rafael Vergara Quintero, resaltó: «[...]

Queda claro entonces que los personeros municipales, si bien ejercen funciones propias del Ministerio Público, no están adscritos orgánicamente al mismo. Los personeros, son servidores públicos del nivel local, y por tanto, enmarcados dentro de la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, de manera que sus titulares, delegados y funcionarios hacen parte



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

de la estructura orgánica de la administración municipal, por consiguiente, sujetos al régimen de dichas entidades.

*En ese orden, el demandante como funcionario de la Personería Municipal en calidad de Personero Delegado para la Contratación, Vigilancia Administrativa y Asuntos Presupuestales, estaba sujeto a la Administración municipal y **en consecuencia su salario y prestaciones sociales se pagaban con cargo al presupuesto del municipio, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 136 de 1994. [...]» Resaltado fuera del texto original.***

Así las cosas, la personería municipal hace parte de la organización municipal, es una dependencia del ente territorial que cuenta con una planta del personal dentro de la que se encuentra el personero, quien es una autoridad propia del municipio pues su elección corresponde al concejo municipal¹⁸...

Al igual que la sentencia citada, el Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias⁵⁹ ha hecho alusión a la naturaleza de los personeros y las personerías, reiterando que son entidades del orden municipal y forman parte de los municipios.

Por último, debe señalarse que las personerías municipales, organismo al cual pertenecen los personeros municipales, están dotadas de autonomía administrativa y presupuesta⁶⁰, pues su función de vigilancia y control de las autoridades municipales demandan independencia del resto de instituciones que integran la administración local, por tal razón, si bien las personerías municipales forman parte del nivel local, por ser organismos de control del orden municipal, no pertenecen a la administración municipal. Señala la Corte Constitucional⁶¹ al respecto:

(...) [Se transcriben las consideraciones más relevantes de la sentencia C-365 de 2001 a las que se hizo alusión con anterioridad]

En conclusión, el Ministerio Público es un órgano de control autónomo e independiente, que no se identifica con una única entidad orgánica y funcionalmente homogénea⁶², dado que las funciones están asignadas a un sin número de instituciones y personas que no necesariamente dependen unos de otros, entre los que se encuentran los personeros municipales, quienes son empleados del orden municipal, elegidos por el concejo municipal, pero sujetos funcionalmente a la dirección suprema del Procurador General de la Nación, en virtud de la coordinación y articulación que debe imperar en el ejercicio de las funciones de Ministerio Público. Los personeros como servidores públicos del orden municipal pertenecen a la estructura orgánica y funcional de las respectivas personerías, organismos que forman parte del nivel local pero no pertenecen a la administración municipal, y por ser las personerías parte del nivel municipal el salario y prestaciones sociales del

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A". Sentencia del 19 de febrero de 2015, Radicación No. 5000-23-25-000-2012-00914-01(2138-13). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 22 de mayo de 2008, Radicación No. 25000-23-25-000-2003-00061-01(7325-05). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 29 de Julio de 2010, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-10886-01(1860-09). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". Sentencia del 18 de marzo de 2015, Radicación No. 70001-23-31-000-2002-00207-01(0854-11). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A". Sentencia del 18 de abril de 2002, Radicación No. 76001-23-31-000-1998-1106-01(2547-00). / Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 18 de enero de 2000, Radicación No. **AI-046**.

⁶⁰ Decreto 111 de 1996, artículo 108: "Las contralorías y personerías distritales y municipales tendrán la autonomía presupuestal señalada en la Ley Orgánica del Presupuesto" (Ley 225/95, artículo 30).

⁶¹ Corte Constitucional. Sentencia C-365 de 2001.

⁶² Corte Constitucional. Sentencia C-223 de 1995.



personero se pagan con cargo al presupuesto del municipio, de conformidad con el artículo 177 de la Ley 136 de 1994.⁶³

109. Nótese como para llegar a las referidas conclusiones se procuró armonizar las principales consideraciones de los fallos de constitucionalidad C-223 de 1995 y C-365 de 2001, esto es, dos de las principales providencias sobre las que se han construido las tesis sobre la pertenencia o no de los personeros a la administración municipal.

110. Ahora bien, aunque en de materia inhabilidades la jurisprudencia de la Sección ha sido clara en precisar que el cargo de personero no pertenece al sector central o descentralizado de la administración en la que ejerce sus funciones, pese a la estrecha relación que tiene con el mismo, en esta oportunidad también se hizo alusión a los pronunciamientos de los cuales puede derivarse una tesis contraria, incluyendo los que invocó la parte demandante, con el propósito de ilustrar de manera integral los distintos puntos de vista, pero aún más importante, que de la revisión de las providencias que han defendido una u otra posición, en ninguna de ellas se ha concluido que las personerías y quienes las presiden pertenecen a la rama ejecutiva, en tanto existe consenso en reconocer que el artículo 113 de la Constitución destacó que además de las autoridades que pertenece a las ramas del poder público, existen otras que no integran éstas y que de manera independiente ejercen sus funciones, dentro de las cuales por mandato del artículo 118 Superior se encuentra el Ministerio Público, que está conformado entre otros, por los personeros, que precisamente dada la autonomía reconocida legal y constitucionalmente, les corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, entre quienes se encuentran las entidades de la rama ejecutiva del nivel local en el que tienen competencia.

111. Todo esto para subrayar, que más allá de la discusión sobre la pertenencia o no de los personeros a la administración de los municipios en que ejercen sus funciones, inclusive, aún teniendo en cuenta la providencia que sostiene que sí lo son, **no hay lugar a considerar que aquéllos hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, por consiguiente, en lo que se refiere a la causal de inhabilidad invocada, no se cumple con uno de los elementos esenciales de la misma luego de su modificación por el Acto Legislativo 04 de 2019.**

112. Ahora bien, para desvirtuar la conclusión según la cual las personerías no hacen parte de rama ejecutiva, el recurrente hace referencia a la sentencia C-910 de 2007 de la Corte Constitucional, que precisó que el artículo 115 de la Constitución Política no contiene un listado taxativo de las entidades que pertenecen a aquélla y que sólo deben entenderse excluidos de la misma los pertenecientes a

⁶³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 19 de septiembre de 2017, M.P. Óscar Darío Amaya Navas, Rad. 11001-03-06-000-2016-00223-00(2321).



otras ramas del poder y los órganos constitucionalmente autónomos, categorías en las que afirma no pueden incluirse las personerías.

113. Vale la pena aclarar, que el fallo antes señalado cita en extenso varios apartes de la sentencia C-736 de 2007, en la que se explica por qué el artículo 115 Superior no contiene un listado taxativo de las entidades que pertenecen a la rama ejecutiva, pero también establece la estrecha relación de este concepto con los de gobierno y administración pública central, en los que se observa como nota distintiva la existencia de vínculos de dependencia con las autoridades que son cabeza de ésta, relación que no puede predicarse respecto de quienes pertenecen a otras ramas del poder y a los órganos autónomos constitucionales, lo que impide clasificarlos en la rama ejecutiva.

114. En el caso de los personeros, como lo ha destacado la jurisprudencia constitucional a la que se ha hecho referencia, pese a la relación que tienen con autoridades municipales, dado que sus salarios y prestaciones se pagan con cargo a presupuesto de la entidad territorial y que son nombrados por los concejos, quienes también tiene la facultad de organizar las personerías y dictar las normas relacionadas con su funcionamiento, se advierte que ejercen de forma autónoma sus funciones respecto de las autoridades que hacen parte de la administración pública central, lo que permite considerar que no hacen parte de la rama ejecutiva del poder público, lo que se ve reflejado en aspecto como:

- Respecto del debido ejercicio de sus funciones no dependen del alcalde, que por prescripción constitucional (art. 115) sí hace parte de la rama ejecutiva. Lo anterior, en atención a que los personeros están bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación (art. 178 de la Ley 136 de 1994).
- Aunque su designación la realiza el concejo municipal, no debe olvidarse que está precedida de un concurso público de méritos⁶⁴, en virtud del cual *“la elección debe recaer sobre quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, salvo que medien razones objetivas y debidamente fundadas que impidan confirmar tal determinación, verbigracia la violación del régimen de inhabilidades”*⁶⁵, garantizando así que aquella está regida por criterios objetivos y antecedida de un trámite reglado y transparente que contribuye al ejercicio autónomo de las respectivas funciones respecto de sus electores⁶⁶.
- La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación ha precisado, que aunque no hay duda que los concejos municipales (al igual que las asambleas departamentales) son corporaciones de elección popular del nivel territorial, ni constitucional ni legalmente se las ha definido como

⁶⁴ A partir de la reforma introducida por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012

⁶⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de julio dos de 2019, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 73001-23-33-002-2018-00204-03. Criterio que también fue aplicado en: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1° de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03.

⁶⁶ Como lo destacó la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 6 de marzo de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.



pertenecientes a la administración central o descentralizada municipal⁶⁷, por lo que no es preciso afirmar que la designación del personero la efectuó una entidad de aquélla.

- Al revisar las funciones legalmente establecidas para el cargo de personero, se verifica contrario a lo que al parecer pretende dar a entender el demandante, que sí ejercen labores de vigilancia y control, relacionadas con su pertenencia al Ministerio Público, lo que reafirma su carácter autónomo e independiente respecto de las autoridades del nivel local, y que a juicio de la Sala impide catalogarlos como pertenecientes a la rama ejecutiva del poder público. Entre las mencionadas funciones se destacan las siguientes contenida en el artículo 178 de la Ley 136 de 1994:

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

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

4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.(...)

5. Intervenir eventualmente y por delegación del Procurador General de la Nación en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales. (...)

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

14. Interponer la acción popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el hecho punible, cuando se afecten intereses de la comunidad, constituyéndose como parte del proceso penal o ante la jurisdicción civil.

15. Divulgar, coordinar y apoyar el diseño, implementación y evaluación de políticas públicas relacionadas con la protección de los derechos humanos en su municipio; promover y apoyar en la respectiva jurisdicción los programas adelantados por el Gobierno Nacional o Departamental para la protección de los Derechos Humanos, y orientar e instruir a los habitantes del municipio en el ejercicio de sus derechos ante las autoridades públicas o privadas competentes. (...)

⁶⁷ Ver entre otras: Corte Constitucional, sentencia T-1039 del 5 de diciembre de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 13001-23-33-000-2016-00103-01. Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, fallo del 23 de marzo de 2017, M.P. César Palomino Cortés, Rad. 11001-03-25-000-2010-00300-00(2425-10).



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

18. *Defender los intereses colectivos en especial el ambiente, interponiendo e interviniendo en las acciones judiciales, populares, de cumplimiento y gubernativas que sean procedentes ante las autoridades.*

El poder disciplinario del personero no se ejercerá respecto del alcalde, de los concejales y del contralor.

Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación, la cual discrecionalmente, puede delegarla en los personeros.

La Procuraduría General de la Nación, a su juicio, podrá delegar en las personerías la competencia a que se refiere este artículo con respecto a los empleados públicos del orden nacional o departamental, del sector central o descentralizado, que desempeñen sus funciones en el respectivo municipio o distrito. (...)

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

23. *Todas las demás que le sean delegadas por el Procurador General de la Nación y por el Defensor del Pueblo.*

24. *Velar por el goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado, teniendo en cuenta los principios de coordinación, concurrencia, complementariedad y subsidiariedad, así como las normas jurídicas vigentes.*

25. *Coadyuvar en la defensa y protección de los recursos naturales y del ambiente, así como ejercer las acciones constitucionales y legales correspondientes con el fin de garantizar su efectivo cuidado. (...)*

115. Finalmente, se observa que en el recurso de apelación se transcribe un aparte de la sentencia C-1067 del 10 de octubre de 2001 de la Corte Constitucional con ponencia del doctor Eduardo Montealegre Lynett, en el que se indica que el personero no es agente del Ministerio Público, al parecer con el propósito de desvirtuar los argumentos tendientes a demostrar que como parte de éste ejerce de manera autónoma e independiente sus funciones respecto de las autoridades locales, aspecto medular para considerar que no hace parte de la rama ejecutiva del poder público.

116. En la referida decisión, se demandó en ejercicio de la acción pública de constitucionalidad el artículo 173⁶⁸ de la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan las normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, por

⁶⁸ **Artículo 173. Calidades.** Para ser elegido personero en los municipios y distritos de las categorías especial, primera y segunda se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y ser abogado titulado. En los demás municipios se podrá elegir personeros a quienes hayan terminado estudios de derecho”



ser violatorio del 280 Superior, al estimar la parte actora que como los personeros son parte del Ministerio Público, el legislador debió señalar que los requisitos y calidades para acceder a dicho cargo debían ser los mismos establecidos para los magistrados y jueces y no prever unos distintos.

117. En ese caso la Corte, consideró respecto de los personeros municipales, que para efectos de la aplicación de los requisitos y calidades de los magistrados y jueces que *“si bien pueden considerarse como agentes del Ministerio Público, ya que en ciertos casos ejercen funciones propias de la órbita de dicha institución, no son en estricto sentido, para efectos de dar aplicación de los artículos 277 y 280 de la Carta, agentes permanentes del Procurador General de la Nación ante las autoridades jurisdiccionales”*.

118. Para reforzar tal conclusión, se hizo referencia a la sentencia C-223 de 1995, citada de forma antecedente, en donde se determinó que *“si bien la personería y el personero son órganos institución y persona del nivel municipal, que forman parte del Ministerio Público, no se puede asimilar al personero a la condición de delegado o agente del Ministerio Público dependiente del Procurador General de la Nación, en los términos de los arts. 118, 277 y 280 de la C.”*

119. De acuerdo con lo decidido en la sentencia C-1067 de 2001, es pertinente concluir que en dicha providencia el alto Tribunal al definir el planteamiento de la demanda estimó que no era posible exigir a los personeros las calidades y requisitos previstos para los cargos de jueces y magistrados, sin embargo, revisada la decisión judicial se tiene que la misma dispuso, por un lado, que no se desconocía que los personeros ejercían labores de ministerio público, y por otro, no precisó que éstos pertenecen a la rama ejecutiva, ello significa que los personeros ejercen su función de forma autónoma frente a las autoridades locales, por manera que no es dable extraer del fallo citado que hagan parte del ejecutivo como lo considera el actor.

2.8. Resolución del segundo problema jurídico – De la petición de condena en costas y agencias del derecho

120. De otra parte el apoderado de la demandada solicitó se condenara en costas y agencias en derecho al demandante, toda vez que su poderdante se vio obligada a empobrecer su patrimonio por el hecho de tener que contratar un abogado para materializar su derecho de defensa.

121. Respecto de este tópico, es pertinente advertir que el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que, tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público⁶⁹. Como lo ha sostenido la Sala *“en los procesos que se adelantan en ejercicio de las acciones públicas,*

⁶⁹ Regula la norma lo siguiente: “[...] salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [...]”.



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

*no podrá condenarse en costas a la parte vencida en el proceso; y como la acción de nulidad de carácter electoral es pública, es fácil concluir que el Tribunal no podía condenar en costas al demandante*⁷⁰.

122. Sobre el asunto ha indicado la Corporación⁷¹ que “*el concepto de las costas del proceso está relacionado con todos los gastos necesarios o útiles dentro de una actuación de esa naturaleza y comprende los denominados gastos o expensas del proceso llamados en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo gastos ordinarios del proceso*⁷² y otros como son los necesarios para traslado de testigos y para la práctica de la prueba pericial, los honorarios de auxiliares de la justicia como peritos y secuestres, transporte de expediente al superior en caso de apelación, pólizas, copias, etc.

*Igualmente, el concepto de costas incluye las agencias del derecho que corresponden a los gastos por concepto de apoderamiento dentro del proceso, que el juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora atendiendo a los criterios sentados en los numerales 3º y 4º del artículo 366 del CGP*⁷³, y que no necesariamente deben corresponder al mismo monto de los honorarios pagados por dicha parte a su abogado⁷⁴ los cuales deberán ser fijados contractualmente entre éstos conforme los criterios previstos en el artículo 28 numeral 8.º de la ley 1123 de 2007⁷⁵”⁷⁶.

123. De acuerdo con lo mencionado, el proceso de nulidad electoral se encuentra dentro de las excepciones por tratarse de aquellos en donde se ventila un interés público, por lo tanto, no hay lugar a acceder a la petición y en consecuencia no hay condena en costas y agencias en derecho.

2.9. Conclusión

124. La Sala considera que el actor no desvirtuó la presunción de legalidad del acto de elección de lal contra el acto de elección de la señora Martha Bigerman Ávila

⁷⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 12 de abril de 2002. Radicación 73001-23-31-000-2000-3619-02(2839) M.P. Darío Quiñones Pinilla.

⁷¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección B. Auto de 22 de febrero de 2018. Radicación 250002342000201200561 02 (0372-2017). M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷² Artículo 171 No. 4 en conc. Art. 178 ib.

⁷³ “[...] 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará. 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas. [...]”

⁷⁴ Criterio aceptado por la Corte Constitucional en Sentencia C-043 del 27 de enero 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-539 de 28 de julio de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷⁵ Regula la norma como deber de los abogados, el de “...fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto”

⁷⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia de 12 de abril de 2018. Radicación 05001-23-33-000-2012-00439-02(0178-17) M.P. William Hernández Gómez. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 19 de noviembre de 2020. Radicación 11001-03-28-000-2019-00070-00 (ACUMULADO) M.P. Rocío Araujo Oñate.



Demandante: Henry Olimpo Plazas Pinto
Demandado: Martha Bigerman Ávila Romero
Rad: 15001-23-33-000-2020-00120-01

Romero como contralora general de Boyacá para el período 2020 – 2021, por tanto, se confirmará sentencia de primer grado.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 27 de enero de 2021 del Tribunal Administrativo de Boyacá que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: NEGAR la petición de condena en costas y agencias del derecho que formuló la parte demandada.

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado
Salvamento de voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado
Aclaración de voto

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.

