

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se confirma sentencia que declaro la nulidad del acto de elección del Contralor Distrital de Cartagena periodo 2016-2019**

De acuerdo con los recursos de apelación presentados por los distintos sujetos procesales (demandada, demandante y el Concejo Distrital de Cartagena) corresponde a la Sala Electoral determinar: i) si el Tribunal a quo incurrió en alguna disconformidad en su labor de juez de primera instancia, al declarar la nulidad de la elección ya referida y que se acusó de encontrarse viciada por la causal del artículo 275 numeral 5° del CPACA, concretamente, por carecer la demandada de los requisitos constitucionales y legales para acceder al cargo, en la medida en que no superó la prueba de conocimientos que era de carácter eliminatorio. Por otra parte, si incurrió en fallo extrapetita al basarse en censuras no planteadas por la parte actora, lo que conlleva la transgresión del principio de justicia rogada y si incurrió en yerro al interpretar el principio de transparencia, de cara al principio de equidad de género (...) ii) El segundo problema jurídico, deviene de la apelación parcial de la parte actora, en cuanto a que anulada la elección debió ordenarse nombrar al siguiente de la terna, quien a juicio del demandante, tenía un derecho adquirido (...) Así las cosas, es claro que además de los requisitos legales y constitucionales, que constituyen la generalidad para toda elección de contralor, el Concejo Distrital de Cartagena, en su capacidad de optar y escoger el método de selección que más se avenga a su labor de nominador del Contralor, nutre la convocatoria pública con los requisitos que considera y quiere se prediquen de quien va a direccionar los destinos fiscales de la entidad territorial (...) La jurisprudencia electoral, dentro de sus competencias y declarada la nulidad en los casos de convocatorias públicas, lo máximo que en algunos casos puede hacer es dar la directriz de dónde debe rehacerse el trámite sin convertirse en un co-administrador de la convocatoria ni de la designación que en sus potestades tiene a cargo el Concejo o la Corporación electoral de que se trate, en este caso, el Concejo Distrital de Cartagena (...) Por contera, no encuentra la Sala de recibo el argumento de apelación de la parte demandante, se itera, por ser ajeno a las decisiones pasibles de adoptar en el medio de control de nulidad electoral (...) Bajo dichas consideraciones, teniendo en cuenta que los apelantes, de cara a sus propias disertaciones, no lograron desvirtuar la decisión anulatoria recurrida -en el caso del Concejo Distrital ni de la demandada-, ni obtener la modificación del numeral 2° de la parte resolutive, con el cual el demandante pretendía el reconocimiento de un derecho adquirido a favor de uno de los aspirantes, para la Sección Quinta se impone confirmar la decisión de su a quo, vertida en la sentencia de 12 de junio de 2017 del Tribunal Administrativo de Bolívar.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00313-02**

**Actor: VEEDURÍA CIUDADANA QUINTA VENTANA TU VEEDURÍA (JORGE ELIÉCER QUINTANA SOSA)**

**Demandado: NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ (CONTRALORA DISTRITAL DE CARTAGENA)**

**Nulidad electoral - Segunda instancia.**

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por la parte actora **VEEDURÍA CIUDADANA QUINTA VENTANA TU VEEDURÍA**, la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** y por el interviniente opositor **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, contra el fallo de 12 de junio de 2017, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar que declaró nula la elección de la CONTRALORA DISTRITAL DE CARTAGENA (2016-2019), contenida en el Acta de Sesión 040 del Concejo Distrital de 21 de febrero de 2016.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda y las pretensiones**

El señor **JORGE ELIÉCER QUINTANA SOSA**, en calidad de representante legal de la Veeduría Ciudadana Quinta Ventana Tu Veeduría, presentó demanda de nulidad electoral el 8 de abril de 2016<sup>1</sup>, ante la Dirección Seccional Judicial de Administración Judicial de Cartagena (reparto), para que se hicieran las siguientes declaraciones:

***“PRIMERA:** Que se declare la nulidad del acto de elección del Contralor Distrital de Cartagena doctora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** contenida en el acta de N° --- (sic) de la sesión del día 21 de febrero de 2016 realizada por los honorables Concejales del Concejo Distrital de Cartagena en lo que hace referencia a la declaratoria de elección como Contralor Distrital de Cartagena para el período 2016 – 2019 de la ciudadana candidata **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, por no cumplir dicha ciudadana con los requisitos exigidos por la Constitución, la ley, actos administrativos reguladores del concurso de elección del Contralor, tal como lo exige el numeral 5 del artículo 275 del CPACA, las demás infracciones que de ello se derivaron.*

***SEGUNDA:** Que como consecuencia de lo anterior se comunique la sentencia a las diferentes autoridades administrativas, disciplinarias, penales, para lo de sus funciones.*

---

<sup>1</sup> Folios 1 a 24 del cuaderno principal del Tribunal.

**TERCERA:** Subsidiariamente se inaplique el acto demandados (sic) la Resolución No. 170 de 23 (sic) de diciembre de 2015, 180 de 24 de diciembre de 2015 y 184 de 31 de diciembre de 2015 expedidas por el Concejo Distrital de Cartagena por las razones que se indican en adelante.” (fls. 1 a 2 cdno. ppal. exp. Tribunal).

## 2. Los fundamentos fácticos

En síntesis propuso los siguientes hechos:

2.1. Ante el vencimiento del período constitucional del Contralor, el Concejo Distrital de Cartagena adelantó los trámites y procedimientos necesarios para la elección del respectivo funcionario y, contrató para el efecto a una firma, tal y como lo permite la ley.

2.2. Mediante la Resolución 146 de 1º de diciembre de 2015, el Concejo reglamentó la convocatoria pública para proveer el cargo, de conformidad con la previsión del artículo 272 superior. En su artículo 26, establece que el aspirante debe obtener un porcentaje mínimo de 80 puntos en la prueba de conocimientos para poder aspirar a continuar en el proceso y conformar la terna con los calificados, en la cual al menos uno de sus integrantes debe ser una mujer.

2.3. Por medio de la Resolución 171 de 22 de diciembre de 2015, aún vigente la Resolución 146 precitada, el Concejo de Cartagena, apoyado por la firma asesora NEUROMID S.A.S. -quien fue contratada directamente al haberse aceptado su oferta CD-008-2015-, conformó la terna de elegibles:

### CONSOLIDADO DE PONDERACIÓN

Nombre candidato	Cédula	Prueba de conocimiento 70%	Valoración de antecedentes 20%	Resultado parcial	Entrevista	Total final
José David Morales Villa	73.154.240	66.5%	17.7%	84.2	-	-
Iván de Jesús Sierra Porto	73.167.277	65.1%	14%	79.1	-	-
Nubia Fontalvo Hernández	45.753.698	49%	16%	65.0	-	-

Con estos puntajes, fueron seleccionados los candidatos.

2.4. Mediante la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, el Concejo Distrital de Cartagena decidió aplicar el principio de acciones afirmativas, entre ellas, que la terna debe estar conformada al menos por una mujer y el trato diferencial a las personas en condiciones de vulnerabilidad.

2.5. Por Resolución 180 de 24 de diciembre de 2015, se modificó el cronograma fijado en la Resolución 146 de 2015, justificándose en criterios legales que no eran ciertos, por lo que se incurrió en falsa motivación, *“por cuanto lo que no menciona la Resolución es que fue modificada y acomodada a la Contralora”*, precisamente, para incorporarla siendo que ella no cumplía con el mérito.

Así las cosas, la lista solo la conformaban dos personas quienes sí habían superado las pruebas, razón por la cual las Resoluciones 170 y 180 de 2015 son ilegales.

Agregó que la prueba de conocimientos era eliminatoria y, la Contralora elegida, no había ni siquiera superado dicha prueba.

2.6. El demandante dice desconocer si el contrato de consultoría celebrado con NEUROMIND S.A.S. *“para el acompañamiento y asesoría para el desarrollo del proceso público y abierto de méritos para la elección de personero (a) distrital de Cartagena de Indias D. T y C, atendiendo a los lineamientos de la Ley 1551 de 2012, el Decreto 2485 de 2014, y demás normas concordantes, la convocatoria pública..., lo establecido en el artículo 272 constitucional y el concepto 2274 de 10 de noviembre de 2015... Sala de Consulta y Servicio Civil”*.

2.7. Las partes obligadas en el contrato CD-008-2015, establecieron especificaciones metodológicas, para desarrollar el concurso y se establecieron que las etapas del proceso serían: aviso de invitación, convocatoria, inscripción, publicación de la lista de admitidos y no admitidos, aplicación de pruebas y lista de elegibles.

2.8. Del aviso de invitación se evidencia que fueron responsables del concurso el Concejo Distrital y el consultor operador, tal como se desprende de la aceptación de oferta y del capítulo de aviso de invitación del contrato y, al plasmar el alcance de la convocatoria, se indicó que es la norma reguladora, vinculante y obligatoria para la administración y los concursantes, y que **no podrán cambiarse las bases una vez iniciada la inscripción de aspirantes, salvo en aspectos como sitio y fecha de recepción de inscripciones, fecha, hora y lugar en que se llevará a cabo la aplicación de las pruebas**, caso en el que debe darse aviso oportuno a los interesados.

Por lo anterior, considera el actor que el Concejo al expedir las Resoluciones 170, 180 y 184 de 2015 incurrió en la prohibición, que las vicia de ilegalidad, son inaplicables al concurso y atentan contra el respecto al acuerdo contractual que celebrara el Concejo con la S.A.S.

2.9. El numeral 4.1 del contrato, establece que la prueba de conocimiento tiene como fin apreciar la capacidad, idoneidad y potencialidad de los aspirantes y establecer una clasificación de los mismos respecto de las calidades requeridas para desempeñar el cargo. Se ponderará mediante prueba objetiva de carácter eliminatorio, con parámetros de calificación previamente determinados.

2.10. La votación para la elección fue fijada para el 8 de enero de 2016 y se debía realizar sobre la terna escogida por el Concejo Distrital, asesorado por NEUROMIND S.A.S., pero en realidad fue una dupla porque la entonces aspirante **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** obtuvo un puntaje equivalente a 70 y en el consolidado de pruebas de conocimiento y valoración de antecedentes de 65 puntos.

2.11. La inclusión de la aspirante **FONTALVO HERNÁNDEZ**, fue posible frente a una interpretación equivocada, sesgada y amañada para favorecerla, al confundir la equidad de género en los términos de la Ley 581 de 2000 y contrariar el artículo 125 de la Constitución. Es más, al momento de la elección, en la terna solo quedaba un único candidato, pues aunado a la imposibilidad de **FONTALVO HERNÁNDEZ** de estar como integrante de la terna, el aspirante que había quedado de primero, dimitió de su aspiración antes de la elección y, quedaba solo el segundo candidato, *“por lo tanto la elección nunca debió adelantarse por carencia de terna”* que es la exigida por la ley.

2.12. La elegida fungió como tal sin haber tomado posesión del cargo, pues esta diligencia estaba programada para la sesión del 12 de enero de 2016.

2.13. No se ha cumplido con el artículo 27 de la Ley 1551 de 2012, sobre la publicación de la elección.

2.14. El ciudadano Rafael Ricardo Camargo Jiménez incoó demanda de tutela contra el Concejo Distrital de Cartagena, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con funciones de Control de Garantías de Cartagena (rad: 130014071004201500355500), que en fallo de 3 de febrero de 2016 amparó el debido proceso y, ordenó retrotraer la selección a la etapa de entrevistas, momento en que se materializó el vicio de incompetencia, y le ordenó que en 10 días llevara a cabo las entrevistas, consolidara puntajes y designara Contralor, debiendo llamar a entrevista a los aspirantes **FONTALVO HERNÁNDEZ** y **SIERRA PORTO** y dejó sin efectos el acto de elección de 8 de enero de 2016, en el que resultó designada la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**.

El actor indicó que el fallo de tutela, no mencionó el deber legal del Concejo para conformar la terna, en vista de que para ese momento, ya se conocía de la declinación del aspirante José David Morales Villas -primero de la lista-.

2.15. *“Por saneamiento de sus propios actos, el mismo Juzgado dictó fallo de tutela el 8 de febrero de 2016”*, en tanto prosperó la nulidad procesal por falta de notificación a la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**, en el que concedió la acción de tutela propuesta por Rafael Ricardo Camargo Jiménez y coadyuvada por el señor Iván Sierra Porto en contra del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, exclusivamente en lo que tiene que ver con el derecho fundamental al debido proceso administrativo; denegó el amparo del derecho a la igualdad; ordenó al Concejo Distrital de Cartagena retrotraer la convocatoria a la etapa de entrevistas,

momento en el que se consolidó el vicio y que en el término de 10 días, lleve a cabo las entrevistas, sume puntajes y, designe nuevamente Contralor, para lo cual debía llamar a entrevista a los aspirantes **FONTALVO HERNÁNDEZ** y **SIERRA PORTO**, quienes hacen parte de la lista de elegibles, en atención a que el aspirante José David Morales Villa declinó su aspiración y agregó “*así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora **FONTALVO HERNÁNDEZ** como Contralora Distrital quedará sin efectos hasta tanto subsane el defecto anotado*”.

Este fallo fue objeto de aclaración respecto a las órdenes impartidas en el numeral tercero de la parte resolutive.

2.16. Descalificó el fallo de tutela, por cuanto es anormal, pues en realidad solo quiso retrotraerse a una etapa del proceso, pero mantener en el cargo a la misma persona que eligieron inicialmente, porque deja suspendida la elección hasta que subsane el defecto “*quedando claro que una vez subsanado se debe elegir a la misma persona*”, con el yerro de no mencionar ni siquiera la prueba de conocimiento, por lo que en la realidad no habría saneamiento de nada.

2.17. El 8 de enero de 2016, previo a la elección, la parte actora, presentó escrito en el que solicitó el rechazo de la terna, al haberse desatendido los principios de la función administrativa, en especial el Acto Legislativo 02 de 2015, pero su solicitud no fue tenida en cuenta.

El 18 de febrero de 2016, elevó solicitud al Concejo Distrital para que se abstuviera de elegir a **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, por cuanto no había superado la prueba de conocimiento y, adicionalmente, porque ella se encontraba incurso en una inhabilidad, ya que había sido Contralora Distrital por unos pocos días, antes de la elección definitiva, es decir, la del 21 de febrero de 2016.

2.18. Indicó que desde el 10 de febrero de 2016 hasta el 21 de febrero de 2016, la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** nunca debió fungir como Contralora y menos disponer de los automotores de la Contraloría Distrital “*eso lo debió prever el Concejo al momento de elegirla nuevamente, dado que el Juez de tutela había dejado sin efectos su elección y posesión, situación que junto a su desempeño anterior, vicia de nulidad la elección en comento*” (fl. 10 cdno. ppal del Tribunal).

2.20. La señora Contralora se posesionó el 12 de enero de 2016 y lo repitió el 21 de febrero de 2016 y, ni el Concejo se lo exigió ni ella cumplió con el deber de presentar la declaración de renta, como lo exige el artículo 122 superior.

### **3. Los fundamentos jurídicos**

Como causal de nulidad, invoca la contenida en el numeral 5º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, con fundamento en la transgresión de los artículos 4, 6, 29,

---

<sup>2</sup> “Artículo 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:  
(...)”

122, 125, 272 de la Constitución Política; 28 de la Ley 909 de 2004; 26 de la Ley 1551 de 2012; 5º y 7º de la Ley 581 de 2000.

El concepto de violación se sustentó en causales de falsa motivación, expedición irregular, desviación de poder, violación del debido proceso de los concursantes al no aplicar el mérito, e inhabilidad derivada de la imposibilidad de que la demandada fuera reelegida en el cargo de Contralora Distrital que venía desempeñando.

Indicó que, el Concejo Distrital de Cartagena, al expedir la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, aplicó en forma errónea el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y transgredió el artículo 5º de la Ley 581 de 2000, que dispone que la obligatoriedad de la Ley de Cuotas o de género, no se aplica a los eventos en que el cargo deba accederse por concurso de méritos. Desconoció su propia regulación (Resolución 146 de 2015) en la que determinó que la prueba de conocimientos era eliminatoria.

El Concejo Distrital confundió la participación paritaria del concurso con la terna como resultante de las etapas del concurso, por cuanto del consolidado final puede no aparecer una mujer elegible, toda vez que entre a regir la directriz del mérito y no la del género.

El artículo 4º de la Constitución Política consagra la prevalencia de la Carta frente a las demás normas, esto por cuanto que el Concejo Distrital de Cartagena, al expedir la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, aplicó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mal interpretando dicho concepto y de paso violó flagrantemente la ley, por cuanto que el artículo 5º de la Ley 581 de 2000, impone que la obligatoriedad de esta norma cuando al cargo se accede por concurso de méritos, pero el Concejo, desvió el poder y consignó así una falsa motivación de la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, valiéndose para el efecto de sesgos y falacias, tales como, la aplicación del principio de ACCIONES AFIRMATIVAS, de protección a las condiciones vulnerables de un elemento social por cualquier desventaja que tenga frente al actor, pero nunca en un concurso de méritos, como el mismo Consejo de Estado, lo indicó en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>3</sup>.

La Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015 es abiertamente contraria al artículo 5º de la Ley 581 de 2000, porque confunde la participación paritaria del concurso para los dos sexos, con la terna como resultante del consolidado de las etapas del concurso, pues de la sumatoria de puntajes, puede perfectamente no aparecer una mujer, siendo que la directriz del concurso es el mérito y no el género.

El Concejo Distrital de Cartagena elevó una consulta ante el Consejo de Estado, solo para torcer las disposiciones existentes, pues ya en ese momento se

---

5. *Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.*  
(...)"

<sup>3</sup> Radicado 2274. Exp. 1100103060002015018200. C.P. Dr. Álvaro Namén Vargas.

encontraba plenamente dilucidado el tema frente a las garantías para los géneros en proporción legal.

Se ha violado el artículo 6º de la Constitución Política, pues a sabiendas de que la Ley 581 de 2000, esa misma que alegó para desviar poder y violentar el debido proceso de los otros concursantes, establecía las excepciones para apegarse solamente al mérito de las personas, porque de acuerdo al artículo 209 de la Constitución, el Estado tiene unos fines, los cuales deben ser garantizados a través de los servidores públicos, como agentes directos que deben acatar los postulados del artículo 6º superior.

El Concejo Distrital se extralimitó en sus funciones, al modificar una resolución contra expresa prohibición del contrato CD-008-2015, solo buscando favorecer a la elegida, pues ya el procedimiento se encontraba reglamentado en la Resolución 146 del 1º de diciembre de 2015, en la que se indicó que la prueba de conocimientos era eliminatoria, es decir, quien lo la superara no podía continuar en el concurso.

Al advertir esta situación, el Concejo de Cartagena, procedió a expedir las Resoluciones 170, 180 y 184 de 2015, a fin de acomodar el concurso y así garantizar la continuidad de la actual Contralora dentro del proceso de selección.

El numeral 5º del artículo 275 del CPACA establece la procedencia de la acción cuando se nombre a personas que no reúnen las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o se hallen incursas en causales de inhabilidad. Así las cosas, el acto de elección del Contralor de Cartagena, fue indebidamente realizado, por haber acomodado mediante actos administrativos de trámite, el concurso para la Contralora electa, con lo cual violó el debido proceso (art. 29 de la Constitución Política), con lo cual se vieron afectados los derechos de los demás, al no garantizarse el principio de transparencia en el proceso.

Indicó que el artículo 125 superior establece que los funcionarios cuyo sistema de elección no se ha establecido por la ley, será adelantado por concurso público, que conlleva el principio de transparencia y exige que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se haga previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, lo cual debe armonizarse con el artículo 272 ibidem.

El precepto constitucional fue manipulado y violado groseramente por el Concejo Distrital de Cartagena, al valerse de la palabra “terna” para entender que la Ley 581 de 2000 no se aplicaba al concurso, sino a la terna final como consolidado de los puntajes. A juicio del demandante, la realidad de esta norma en cita es que precisamente el artículo 5º, le indica al Concejo de Cartagena, en qué caso se debe atender al mérito por encima de la conformación de las listas de género. Citó la sentencia C-437 de 2013.



Mediante la Resolución 146 de 1º de diciembre de 2015, el corporativo electora había reglamentado el concurso y así se extrae del contrato CD-008-2015, por lo que no podía introducir adendas o enmiendas de manera unilateral, lesionando el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, atinente a la fuerza obligatoria de las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno, expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria.

El actuar defectuoso y grosero del Concejo Distrital de Cartagena, con el que transgredió el artículo 29 de la Constitución, fue advertido por el juez de tutela, por cuanto la demanda de amparo que incoara el señor Rafael Ricardo Camargo Jiménez contra el Concejo de Cartagena, cuyas pretensiones fueron acogidas en sentencia de 3 de febrero de 2016 por el Juzgado 4º Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías (Rad. 13001407100420150025500) y, luego en sentencia de 8 de febrero de 2016, al encontrar vulnerado el debido proceso.

#### **4. El trámite en primera instancia**

##### **4.1. Auto admisorio**

Mediante auto de 14 de abril de 2016, el Tribunal Administrativo de Bolívar, requirió, previamente a la admisión de la demanda, al Concejo Distrital de Cartagena de Indias, para que remitiera el acto de elección de 21 de febrero de 2016 en el que declaró elegida Contralora Distrital de Cartagena a **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** (fls. 144 y vto. ib). La demanda fue admitida mediante auto de 2 de mayo de 2016 (fls. 230 a 232 cdno. ppal.).

##### **4.2. La oposición y la contestación a la demanda**

Durante el término de traslado de la demanda, actuaron los siguientes sujetos procesales:

**4.2.1. El CONCEJO DISTRICTAL DE CARTAGENA**, a través de apoderado judicial, se opuso a la demanda al considerar que la elección se declaró en sesión plenaria del corporativo y por mayoría de votos, cumpliendo con los postulados normativos constitucionales, legales y con la jurisprudencia. Indicó que los actos de trámite que se expidieron fueron proferidos de conformidad no solo a la ley sino a la orden judicial impartida por el juez constitucional de tutela.

Indicó que no es cierto que haya habido vicio alguno o se hayan violado los mandatos superiores 272 y 313, en el proceso de selección de la Contralora Distrital, por cuanto se retrotrajo la convocatoria pública a las entrevistas, que fue lo ordenado por el juez de tutela.

Descalificó el hecho de que la parte actora yerra al confundir el concurso público de méritos con la convocatoria pública, lo cual lo lleva a valorar los hechos por fuera de la realidad de esta última.

Expuso que no es cierto que el ingreso de la elegida a la terna haya obedecido a la aplicación de la equidad de género, pues la señora **NUBIA FONTALVO** siempre estuvo entre los tres primeros mayores puntajes de la convocatoria y que el juez de tutela dejó incólume el tema atinente a la prueba de conocimientos, de cara a la terna puesta a disposición de la plenaria del Concejo. Por otra parte, un fallo de tutela no sana ningún acto administrativo y sí dejó sin efectos a la primera elección.

Con respecto a las censuras que la parte actora hizo contra el contrato que el Concejo celebrara con la sociedad NEUROMIND S.A.S. para apoyar el proceso de selección objetiva, indicó que dicho cuestionamiento es ajeno al medio de control de nulidad electoral (fls. 249 a 257 cdno. ppal.).

Propuso la excepción de mérito intitulada "*inexistencia de nulidad de los actos administrativos proferidos por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias en el curso de la convocatoria pública para la elección de Contralor Distrital de Cartagena de Indias*" y la excepción previa de inepta demanda por incapacidad procesal del Concejo Distrital de Cartagena de Indias e incapacidad del demandado (fls. 273 a 276 ib).

**4.2.2.** La demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de pretensiones y propuso la **excepción previa de INEPTA DEMANDA por omitir demandar el acto inicial u originario de elección** de 8 de enero de 2016, expedido por el Concejo Distrital de Cartagena y no el acto de 21 de febrero de 2016. Indicó que el fallo de tutela de 3 de febrero de 2016, fue desfavorable al tutelante, por cuanto fue anulado por vicio procesal. Posteriormente, se expide la sentencia de 8 de febrero de 2016, aclarada mediante auto de 10 de febrero siguiente y, el juez de tutela de segunda instancia mediante decisión de 31 de marzo siguiente, declaró el hecho superado, pero indicó en forma precisa que frente a la forma de conformación de la lista de la que se escogió a la elegida, la acción de tutela no era el medio para ventilar dichos cuestionamientos, porque es punto que debe solucionarse por el juez natural, es decir, por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Y precisamente, en cumplimiento del fallo de tutela de 8 de febrero de 2016 y de su aclaración, el Concejo se vio obligado a acatarlo y, procedió, de acuerdo con el numeral tercero de la parte resolutive, que ordenó "*retrotraerse a la etapa de entrevistas del proceso*", por ser el momento en que el vicio se consolidó. En consecuencia, el corporativo debía realizar las entrevistas y consolidar puntajes y, luego proceder a la elección. El juez del amparo ordenó que se convocara a entrevista a los aspirantes **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** e **IVÁN SIERRA PORTO**, quienes lograron integrar la lista, ya que el señor José David Morales Villa -declinó su aspiración al cargo- y, dejó sin efectos la designación como Contralora de **FONTALVO HERNÁNDEZ** hasta tanto se subsanara el defecto anotado, sin perjuicio de que ella pudiera ser elegida nuevamente, en las mismas condiciones que lo había sido el 8 de enero de 2016.

Planteó que la tutela y sus decisiones adolecían de **inexistencia**, por cuanto las materias que pretendió juzgar son competencia única del Tribunal Administrativo y se apoyó en antecedente de la Sección Quinta de 12 de octubre de 2006<sup>4</sup>, aunado a que los tutelantes contaban con un medio de defensa idóneo como era la nulidad electoral, con posibilidad de solicitar la medida cautelar respectiva, por lo que era evidente su improcedencia y así debió declararla el juez del amparo. Agregó, la inexistencia no permite generar efecto alguno, es decir, se estaría ante la ausencia de providencia judicial y, por ende, no nació a la vida jurídica. Por lo anterior, insistió que debió demandarse el primer acto de elección adiado el 8 de enero de 2016 y no la segunda elección de 21 de febrero de 2016 *“lo que implica a que por sustracción de materia se dé por terminado el presente medio de control”*, pues insiste en la teoría de la inexistencia que recae sobre los fallos de tutela cuando carece de soporte, en este caso, porque iteró que debió declararse improcedente por subsidiaridad. Solicitó denegar las pretensiones de la nulidad electoral y, en subsidio, declarar en forma expresa la inexistencia de los fallos de tutela (fls. 278 a 294 ib).

### 4.3. La audiencia inicial

Mediante auto de 7 de julio de 2016, el Despacho conductor del proceso del Tribunal Administrativo de Bolívar, fijó el 19 de julio siguiente para celebrar la audiencia inicial (fl. 584 ib). La cual se inició en la fecha fijada, pero fue suspendida ante la falta de decisión de la recusación contra el Magistrado integrante de la Sala Luis Villalobos Álvarez, por razones de amistad y cercanía con uno de los apoderados judiciales (fls. 587 a 589 ib). Esta fue rechazada mediante auto de la Sala de 26 de julio de 2016 (fls. 592 a 594 ib). Por auto de 18 de agosto de 2016 se fijó el día 5 de septiembre de los corrientes para continuar con la audiencia inicial (fl. 602 ib), fecha que fue modificada por auto de 22 de agosto, adelantándola para el 29 de agosto de 2016 (fl. 609 ib).

Llegado el día se continuó la audiencia inicial y, luego de superado el reconocimiento de los presentes y el saneamiento del proceso se dio inicio a la decisión frente a las excepciones previas propuestas por la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** (inepta demanda, pues *«el acto administrativo a demandar era el acto inicial y originario de fecha 8 de enero de 2016 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena y no el acto inexistente de fecha 21 de febrero de 2016»*, toda vez que el juez de tutela no tiene facultad para anular este acto de elección, por ser competencia exclusiva del juez de lo Contencioso Administrativo) y por la corporación opositora **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** (propuso la de *“incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado”*<sup>5</sup> y que el Tribunal nominó como *“incapacidad procesal del Concejo Distrital de Cartagena de Indias - incapacidad del demandado”*), las cuales declaró no probadas. Esta decisión fue confirmada por esta Sala Electoral, en auto de 27 de octubre de 2016.

---

<sup>4</sup> Radicación 110010328000200600004-00 Acum. Actor Ministerio de Educación Nacional y Jesús Hernán Giraldo. Demandado: Rector Universidad de Los Llanos. C. P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

<sup>5</sup> Fls. 273 - 276. Negrilla es del texto original.

Por otra parte, fijó el litigio en los siguientes términos:

*“Determinar si es nulo el acto de elección de la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, como Contralora Distrital de Cartagena de Indias, para el período 2016-2019, contenido en el Acto de Sesión Ordinaria N° 040 del 21 de febrero de 2016 proferido por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, por no cumplir a juicio de la parte accionante, con los requisitos exigidos por la Constitución, la ley y los actos administrativos reguladores del concurso de elección de Contralor Distrital, en los términos previstos en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA.”* (fl. 657 vto. cdno. 4).

En la misma audiencia se decretaron las pruebas traídas por las partes, se ordenaron los oficios solicitando otras y se negó la inspección judicial a las instalaciones de la Contraloría de Cartagena que solicitó la parte actora (fls. 657 a 659 vto. cdno. 4).

#### **4.4. Otros trámites**

Por auto de 9 de febrero de 2017, se corrió traslado para alegar de conclusión y para que el Ministerio Público rindiera su concepto ante la primera instancia. Obran a folios 779 a 799 del cuaderno 4, las alegaciones de la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** y a folios 983 a 984 ibidem, los alegatos del Concejo Distrital de Cartagena.

El Procurador 22 Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Bolívar, rindió concepto de fondo en escrito obrante a folios 985 a 994 vuelto del cuaderno 5, en el que solicitó acceder a las súplicas de la demanda. Indicó que no le era dable al Concejo para proveer el cargo de Contralor, permitir la continuidad en el proceso y elegir a una concursante que no superó pruebas de carácter eliminatorio, de conformidad con los artículos 21 a 30, 34, 48 y 49 de la Resolución N° 146 de 2015 y, por ende, solicitó la declaratoria de nulidad de la elección.

#### **4.5. La sentencia**

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante sentencia de 12 de junio de 2017<sup>6</sup>, declaró nula la elección de la Contralora Distrital de Cartagena **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** (período 2016-2019), contenido en el Acta de Sesión 040 de 21 de febrero de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias.

Los fundamentos de la sentencia fueron los siguientes:

4.5.1. **Cuestión previa:** la inexistencia del acto electoral: en atención a que el Consejo de Estado al confirmar la declaratoria de no probada de la excepción previa que se sustentara en el mismo argumento, indicó que en estricto rigor procesal, debía analizarse en la sentencia, pero indicó que se advertía que el acto

---

<sup>6</sup> Obrante a folios 1.057 a 1.080 vuelto del cuaderno 6 del Tribunal.

demandado era el último expedido, razón por la cual no se advertía la inepta demanda, no siendo necesario ahondar en el tema.

4.5.2. En forma temprana, el Tribunal *a quo* indicó que declarararía la nulidad del acto de elección, al no haberse integrado la terna exigida en la convocatoria, al no superar la demandada, la prueba de conocimiento, que era de carácter eliminatorio y, al violar el principio de transparencia, en atención a la ambigüedad y a la falta de claridad de las reglas contenidas en la Resolución N° 146 de 2015. Y ordenó al Concejo de Cartagena, realizar un nuevo proceso de selección.

Aludió al marco normativo y jurisprudencial de la elección de contralores distritales, municipales y departamentales, para indicar la posibilidad de aplicación analógica de la Ley 1551 de 2012 y del Decreto reglamentario 2485 de 2014, regulación que fijó los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales y que contiene las bases generales que debe surtir el concurso: artículo 1º: cómo hacer la convocatoria y los principios y criterios; artículo 2º: las etapas y los requisitos mínimos que debe contener la convocatoria; artículo 3º: mecanismos de publicidad; artículo 4º: lista de elegibles; artículo 5º: naturaleza del cargo y, artículo 6º: convenios interadministrativos.

Así las cosas, los concejos municipales pueden adelantar el concurso público de méritos para los personeros -y también para contralor- a través de las universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal, sin que ello implique que los Concejos pierdan la responsabilidad de dirigir o conducir dichos concursos a cargo.

Con base en la sentencia C-105 de 2013, en la que la Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 1551 de 2012, para indicar los siguientes parámetros frente al proceso de selección: i) debe ser abierto; ii) las pruebas de selección deben orientarse a la búsqueda del mejor perfil para el cargo; iii) la valoración de la experiencia y la preparación académica y profesional, deben tener relación con las funciones a desempeñar; iv) la fase de oposición debe responder a criterios objetivos; v) el mérito debe tener un mayor peso en el concurso en que los criterios subjetivos de selección; vi) debe garantizarse su publicidad y vii) para la realización de los concursos pueden suscribirse convenios con entidades públicas especializadas que asesoren a los concejos municipales.

Abordó el tema del debido proceso administrativo en los concursos de méritos y la convocatoria como ley del concurso. Con apoyo en las sentencias T-090 de 2013; SU-913 de 2009 y SU-917 de 2010, expuso que se ha reconocido que el concurso público es una forma de acceder a los cargos de la administración pública, constituyéndose el mérito en un factor determinante, que garantiza el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos de las personas que demuestren las mejores capacidades para desempeñar el cargo y, así, optimizarse los resultados que se obtienen con el ejercicio del cargo de carrera y el criterio del mérito debe

tenerse en cuenta al designar un cargo de los órganos y entidades del Estado (SU-086 de 1999).

Dentro de ese contexto, consideró que el concurso de méritos es un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y determinación de la capacidad e idoneidad del concursante para el cargo al que se postula y por ser una actuación administrativa, debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (art. 29 C.P.).

En paráfrasis de la sentencia C-040 de 1995, que estudió el tema de los concursos para acceder a los cargos de carrera, el Tribunal concluyó que la resolución de convocatoria se convierte en la norma del concurso de méritos y, como tal, tanto la entidad organizadora como los participantes deben ceñirse a la misma.

De tal suerte, que si se incumplen las etapas y procedimientos consignados en la convocatoria, se incurre en violación del derecho al debido proceso, salvo que las modificaciones realizadas en el trámite del concurso por factores exógenos, sean plenamente publicitadas.

Se pronunció sobre el tema de la **modificación excepcional de los términos y condiciones de una convocatoria pública a la luz de la jurisprudencia**, para lo cual trajo a colación el antecedente de la Sección Quinta de 3 de agosto de 2015 (rad. 2014-00125), para reforzar la consideración de que los términos y condiciones de la convocatoria pública son el marco normativo del proceso de selección y, por ende, son de obligatorio cumplimiento tanto para los aspirantes como para la administración y, por ende, su modificación, solo se permite en casos excepcionales, como cuando el cronograma de la convocatoria o el Reglamento de la entidad así lo autorice, o en caso de fuerza mayor o caso fortuito, so pena de vulnerar los principios de buena fe o de confianza legítima.

Luego se decantó por conceptualizar sobre la transparencia de cara a las actuaciones administrativas; sobre la Ley de cuota de género (Ley 581 de 2000), principalmente en sus artículos 4º (participación efectiva de la mujer en los niveles del poder público y sus porcentajes) y 5º, que dispuso que los cargos de carrera administrativa, judicial u otra especial, no se les aplica la Ley de género, por cuanto solo responden a la meritocracia.

Frente al caso concreto, procedió a analizar los hechos relevantes probados y, a despachar las siguientes censuras:

4.5.2.1. **Inhabilidad de la demandada** para ser elegida Contralora Distrital de Cartagena, bajo la acusación de que cuando fue elegida ya había ocupado el cargo, en virtud de la elección efectuada por el Concejo Distrital de Cartagena el 8 de enero de 2016 y, que aun cuando el juez de tutela dejó sin efectos el nombramiento, la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**, continuó fungiendo como Contralora hasta la segunda elección que aconteció el 21 de febrero de 2016, así que de conformidad con lo previsto en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994,

aunado a que el artículo 272 Constitucional dispone que no podrá ser elegido quien en el último año haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, estructuran la causal de inhabilidad.

El Tribunal *a quo* no encuentra prosperidad en este cargo, por cuanto consideró que la elección del 8 de enero de 2016, quedó sin efectos, en virtud del fallo de tutela de 3 de febrero de 2016 del Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con funciones de control de garantías de Cartagena, que fue aclarado mediante auto de 8 de febrero siguiente y confirmado por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de conocimiento de Cartagena, mediante sentencia de 31 de marzo de 2016 y que fue excluida de revisión por la Corte Constitucional y, agregó: “*sin duda el fallo de tutela produjo efectos ex tunc, de tal manera que la situación se retrotrajo al momento mismo de la elección, es decir como si dicha elección no hubiera existido, y por ende, la demandada nunca tuvo la calidad de servidor público en el distrito de Cartagena, como contralora, ni existe prueba que haya ocupado otro de los niveles inhabilitantes...*”. Y agregó que si la demandada, a pesar de la decisión de amparo, continuó fungiendo como contralora, lo hizo como funcionaria de hecho, pero ello no conlleva a la configuración de la causal de inhabilidad, sin perjuicio de las consecuencias de otra naturaleza que pueden derivarse de dicha conducta.

4.5.2.2. **Ausencia de terna para la elección**, por cuanto para el Tribunal, el Concejo Distrital de Cartagena de Indias, en ejercicio de su autonomía y, en aplicación del concepto 2274 de 10 de noviembre de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, expidió la Resolución 146 de 1° de diciembre de 2015, mediante la cual abrió y reguló la convocatoria pública para el cargo de Contralor Distrital de Cartagena. Fijó los requisitos de participación (art. 5°) y, adicionalmente, dispuso unas pruebas de selección objetiva, con su respectiva ponderación, para lo cual asignó una calificación mínima aprobatoria del examen de conocimientos equivalente a 80 puntos de 100 máximos y a la que se le concedió un porcentaje del 70% sobre el total de las pruebas, a la que además, le otorgó carácter eliminatorio, mientras que a la valoración de antecedentes un 20% y a la entrevista un 10% y les dio un carácter clasificatorio (arts. 21, 22, 26, 31, 40, 41 y 49 de la convocatoria pública), todo en aras de conformar la terna de candidatos sobre la cual el Concejo Distrital elegiría.

De tal suerte, que la calificación, constituye a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, un paso a un verdadero concurso público, muy a pesar de que el proceso se haya regido por una convocatoria pública. Entonces, al adoptar el esquema y procedimientos del concurso de méritos, lo cual se concluye en la estructura establecida, en etapas o bases de competencias básicas y funcionales, valoración de antecedentes, entrevista, los alcances de las calificaciones, el carácter eliminatorio de la prueba de conocimientos y la ponderación clasificatoria de la valoración de antecedentes y de la entrevista, es claro que el caso de la elección de la Contralora de Cartagena fue ilegal, por cuanto la elegida **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, no obtuvo el puntaje mínimo aprobatorio en la prueba de conocimientos y al ser eliminatoria, ella no podía continuar en el concurso.

A pesar de lo anterior, el Concejo, expidió la Resolución 176 de 2015, habilitándola para continuar en la fase de valoración de antecedentes, al indicar que estaba dentro de los tres primeros puntajes obtenidos en la prueba de conocimientos, quien había logrado **70 puntos**, esto es, sin superar los 80 puntos mínimos para continuar en la justa de selección.

El Concejo justificó su actuar en que en la convocatoria se dispuso que con los resultados de las pruebas y el análisis de las hojas de vida, se elaboraría la terna con los mejores calificados, y en que al menos uno de sus miembros sería una mujer, con lo que respetó el principio de equidad de género y, en que en la realidad de los hechos los dos primeros puntajes fueron obtenidos por dos hombres, a razón de 93 y 95 puntos, por lo que se hizo necesario habilitar el tercer mejor puntaje, que precisamente, correspondía a la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**.

Consideró el *a quo*, que no es de recibo la habilitación efectuada por el Concejo Distrital de Cartagena, mediante la Resolución 170 de 2015, por tres razones, a saber: i) el artículo 49<sup>7</sup> de la Resolución 146 de 2015, resulta contrario al artículo 5° de la Ley 581 de 2000, debido a que a esta selección el propio Concejo le dio la estructura de concurso de méritos, en el cual no se aplica la cuota de género porque prima el mérito; ii) la habilitación no podía ser posterior a la consumación de la obtención de los puntajes de la prueba eliminatoria, porque con ello se vulneran los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y objetividad; iii) el concepto 2274 de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil fue interpretado erróneamente por cuanto la aplicación de la cuota de género aplica para la convocatoria pública y no para el concurso de méritos.

Aunado a lo anterior, la modificación a la convocatoria no encuadraba dentro de las excepcionales circunstancias en las que podía modificarse la convocatoria (Res. 146 de 2015), pues la equidad de género ya estaba garantizada desde los inicios de la selección, cuando en el artículo 5°, se dijo que podría participar todo ciudadano, mayor de 25 años, con título universitario y que hubieren ejercido funciones públicas por un término no inferior a dos (2) años.

Arguyó que el principio de transparencia implica que el proceso de elección del contralor territorial debe regularse mediante normas claras, inteligibles e inequívocas, sin ambigüedades. En el caso, concreto, las reglas contenidas en la convocatoria fueron contradictorias, como sucedió con:

- a) La Resolución 146 de 1° de diciembre de 2015, que dio origen al procedimiento que concluyó con la expedición del acto demandado, en su estructura privilegió la equidad de género, pero ello entró en tensión con el mérito que también estaba en su contenido, por lo que se establecieron reglas que resultaron incompatibles.

---

<sup>7</sup> “**Conformación de la terna.** El Concejo Distrital de Cartagena considerará los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total de la Convocatoria Pública y conformada una terna con los mejor calificados, en la que al menos uno de sus miembros sea mujer, con la cual se cubrirá la vacante del empleo de contralor Distrital, respetando el principio de equidad de género”.



b) El artículo 22 de la Resolución en cita, señala como una de las finalidades de la prueba sobre competencias básicas y funcionales, la de evaluar y calificar la capacidad del aspirante para ejercer el empleo y, por ello en el artículo 26, aplica una prueba a la que le otorga el carácter eliminatorio, lo cual resulta ambiguo al no tener claridad si la inclusión de una mujer en la terna está o no condicionada a que supere la prueba eliminatoria y, tampoco se previó la solución para el caso en que ninguna mujer superara la prueba de conocimientos.

Concluyó que dado el vicio en que se incurrió en la elección, hay lugar a anular la elección y ordenar que el Concejo Distrital realice un nuevo proceso de selección, para elegir Contralor, en tanto las irregularidades que viciaron la elección, se configuraron antes de la integración de la terna (Resolución N° 170 habilitante), porque la elegida no debió continuar en el concurso, al no haber superado el puntaje mínimo exigido en la prueba eliminatoria de conocimiento y agregó: “(...) *mal podría la Sala ordenar la elección de cualquiera de los otros dos ternados, porque con ello estaría esta Corporación desconociendo las reglas de la convocatoria, la cual exige justamente la conformación de una terna como etapa final del concurso; a igual conclusión se llega si se ordenara reconstituir la terna, debido a que ningún otro de los participantes superó el puntaje mínimo en la prueba de conocimientos, es decir, no habría forma de integrar la terna; decisión que no desconocería derechos adquiridos frente a los concursantes que no superaron el puntaje mínimo de la prueba de conocimiento, debido a que para ello solo había una expectativa de haber superado las demás etapas del concurso; así mismo, no se violarían derechos adquiridos a los otros dos ternados, por cuanto la adquisición de derechos solo se configura en la medida en que se cumplan con las reglas del concurso, situación que no ocurrió en el sub examine, por la imposibilidad de integrar la terna...*” (fl. 1.079 a 1.080 ib).

En aclaración de voto, uno de los magistrados indicó que existe incongruencia en el fallo al manifestar que no se conformó la terna, porque a su juicio si se estaba frente a un concurso no era necesario estructurarla porque debía elegirse a la persona con mayor puntaje, entonces lo que debía definirse era si había que conformarse una terna o no. Expuso que la Resolución 170 de 2015, escogió a la elegida, como integrante de la terna para designar al Contralor, por haber sido la mujer que sacó el mayor puntaje en la prueba de conocimientos, lo que es indicativo, de que a pesar de que la Resolución 146 de 2015 no estableció cómo se iba a escoger a la mujer integrante de la terna, la elección la realizó teniendo en cuenta el criterio del mérito (fl. 1.081 ib).

Otro de los magistrados, aclaró el voto sustentando su disenso a las consideraciones en que no es que el Concejo de Cartagena haya regulado un concurso de méritos en vez de una convocatoria y, menos que debiera atenerse a las reglas del concurso para elegir, porque en primer lugar desde sus inicios se nominó como convocatoria; en segundo lugar, porque la conformación de terna es propio de las convocatorias no de los concursos de méritos; en tercer lugar, porque la equidad de género es propio de las convocatorias, no del concurso; en cuarto término, porque es la propia norma superior del 272, la que dispone que se

haga una convocatoria pública en la que uno de sus principios fundamentales es el de la equidad de género, así que el Concejo estaba sometido a estas dos figuras, lo cual resulta compatible con el artículo 5° de la Ley 581 de 2000, norma esta que resulta de aplicación superior a cualquier convocatoria. Concluyó, que la nulidad debió prosperar por la violación al principio de igualdad y a la falta de claridad de las reglas contenidas en la convocatoria, en vez de calificar el procedimiento de elección como un concurso de méritos, porque ello contraría el 272 superior.

#### **4.6. La aclaración y la adición de la sentencia**

Por auto de 12 de julio de 2017, obrante a folios 1.148 a 1.150 del cuaderno 6 del expediente del Tribunal, se negó la solicitud de aclaración y adición formulada por la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, por la presunta falta de pronunciamiento de la excepción de mérito sobre la “*inexistencia del acto electoral*” y para la aclaración de aspectos como que el Tribunal dice que se trató de un concurso de méritos y no de una convocatoria pública; si el Concejo Distrital tenía que aplicar el Concepto de 2274 de 10 de noviembre de 2015 de la Sala de Consulta y Servicio Civil o podía hacer uso de su autonomía constitucional expidiendo un reglamento; si no haber superado los 80 puntos de la prueba eliminatoria conllevaba a que ninguna mujer integrara la terna.

El tribunal *a quo* sustentó la decisión denegatoria, de una parte, en que con relación a la inexistencia del acto electoral, se consideró que no era necesario reabrir el estudio de dicha excepción, puesto que la misma ya había sido objeto de decisión hizo tránsito a cosa juzgada. No consideró procedente la solicitud de adición, puesto que dentro de la sentencia, el Tribunal sí se pronunció sobre el tema de inexistencia del acto electoral propuesta por la demandada en la contestación de la demanda. Sobre los apartes restantes de la solicitud, tampoco los consideró de recibo porque la memorialista no manifestó cuáles eran los conceptos que ofrecen motivo de inquietud, pues se limitó a formular tres interrogantes sin explicar los verdaderos motivos de dudas del fallo judicial. No obstante, el Tribunal indicó que todos los interrogantes formulados fueron objeto de estudio en la sentencia.

#### **4.7. Los recursos de apelación**

4.7.1. El **Concejo Distrital de Cartagena**, presentó impugnación contra el fallo de instancia, conforme obra a folios 1.095 a 1.106 del cuaderno 6, con fundamento en que la parte actora solicitó la nulidad de la elección de la Contralora Distrital, con el argumento de que no cumplía los requisitos constitucionales y legales, esto es, bajo la causal 275-5 del CPACA, pero luego indicó que existió un vicio, no en el acto de elección, sino en el artículo 26 de la Resolución 146 de 1° de diciembre de 2015, sobre el mínimo de los 80 puntos en la prueba de conocimientos; la Resolución 171 de 22 de diciembre de 2015 que integrara la terna de pre seleccionados; la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015 por permitir trato diferencial a la mujer, con violación de la Ley 581 de 2000 que no hacía viable aplicar tal derrotero cuando se está en selección por méritos y la Resolución 180

de 24 de diciembre de 2015 que modifica el cronograma de la anterior Resolución 166 de 2015, afirmando que tales actos se expedieron para favorecer la elección de la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**.

Así las cosas, el actor no invocó hecho o causal de nulidad genérica o específica que recayera sobre el acto declaratorio de elección, por cuanto no hay sustentación del concepto de violación frente al acto de elección.

Por otra parte, indicó que el fallo de primera instancia, erró en determinar los alcances de la convocatoria pública y del concurso de méritos y tiene en cuenta sus diferencias y en predicar la supuesta inexistencia de la terna para la elección, por cuanto el artículo 272 de la Constitución Política lo que hace es remitir a la Ley, la cual no ha sido expedida.

Lo anterior significa que al Concejo Distrital se le compelió a cumplir con el deber de elegir un Contralor, sin una norma que le indicara cómo hacerlo, pero sí cumpliendo con los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y **equidad de género**, es decir, que lo que se debe verificar es si el procedimiento de elección, respetó el esquema de convocatoria pública y si se observaron los principios allí contenidos.

Son los principios, como enunciados normativos generales, los que emergen como preponderantes, pues no están integrados en un ordenamiento jurídico formal, precisamente, porque no se ha expedido la norma que regula la materia, razón por la cual, los vacíos normativos se suplen con los principios en cita.

El Concejo de Cartagena, en uso de los principios como mandatos de optimización, expidió el Acuerdo dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, por ello siguiendo el contenido del artículo 272 superior, implementó y desarrolló la convocatoria pública, la cual fue calificada erradamente por el Tribunal como un concurso de méritos. Por otra parte, no resultaba aplicable el artículo 5° de la Ley 581 de 2000, teniendo en cuenta que la excepción a la aplicación del principio de equidad de género hace referencia a los concursos de méritos y no a las convocatorias públicas.

Aunado, a que no tuvo en cuenta, que el artículo 6° de la Ley en cita, impone que en las ternas se deba garantizar dicha equidad de género, precisamente, por tratarse de una convocatoria.

Del concepto 2274 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, concluyó que dejó margen de discrecionalidad ajustado a unos principios cuando se trata de convocatoria pública y transcribe en su literalidad el aparte que indicó: "(...) *en los concursos públicos de mérito el nominador no puede separarse del orden contenido en la lista de elegibles, lo que significa que está obligado a proveer los cargos vacantes con estricto apego a la clasificación de los aspirantes*" y en el aparte en que se conceptuó que la convocatoria pública es un mecanismo de elección que si bien se funda en los mismos principios básicos de los concursos públicos (criterio de mérito), se diferencia en que el nominador conserva la

posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados y no se impone designar al primero como sí acontece en el concurso de méritos.

Así las cosas, en la convocatoria pública se conserva un margen de autonomía para decidir, se rige por los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito y, en ese sentido, fue expedido el acto demandado.

Expresó que no se puede extraer que esté prohibida la escogencia de una terna a la cual se llegó, precisamente, por una convocatoria pública que tuvo un procedimiento que aplicó como criterio de selección tanto el principio de méritos, como la equidad de género y, es que esta fue otra de las precisiones que dijo la Sala de Consulta, cuando exhortó a que se asegurara el cumplimiento de los principios ya referidos.

Explicó que la finalidad de la norma constitucional de establecer el principio de equidad de género es desplegar una acción de discriminación positiva a favor de la población que ha estado marginada y excluida del acceso al cargo público; la búsqueda de una igualdad real y material que ha mantenido a las mujeres por fuera de los empleos públicos por tanto tiempo. Implica una forma de dar cumplimiento al principio a la igualdad que se encuentra previsto en el artículo 272 superior y en la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de cara a los derechos políticos en su materialización del acceso a cargos públicos en condiciones de oportunidad igualitaria y en la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana contra la Corrupción exige a los Estados, la adopción de medidas que aseguren la equidad.

Concluyó: *“por lo tanto, establecer una terna en la que al menos uno de sus integrantes sea mujer, siendo ocupada esta posición por la mujer mejor calificada en las pruebas desarrolladas, busca potenciar el principio de igualdad, y al tiempo el acceso al empleo público que garantiza una pluralidad de sujetos para su escogencia con las mejores condiciones y en las que además, se garantiza la no perpetuidad de la marginalidad y exclusión de quienes históricamente han sido privadas del acceso al cargo público como son las mujeres.”* (fl. 1.101 cdno. 6 del Tribunal).

Arguyó que la adecuada obtención del fin constitucional de la equidad de género, se logra con dos tipos de acciones afirmativas, a saber: por ternas compuestas al menos por una integrante mujer y, por el respeto a la ley de cuotas en un porcentaje al que accedan mujeres a ese empleo público.

Incluso la convocatoria y el Acuerdo 20 de 2015, respetaron los sub principios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, el primero, por cuanto al

ponderar el sacrificio de un derecho o del bien constitucional, frente a la medida que se adopta, supone que no existe alternativa menos gravosa, para alcanzar el fin constitucional legítimo, que fue lo que se hizo, al considerar que “*si al menos una mujer [ingresaba] a la terna por estar entre las mejores tres calificaciones, el valor del mérito no [sufría] desmedro alguno*”, protegiéndose así la igualdad material, que consiste en que hombres y mujeres compiten en igualdad de oportunidades. El segundo, de proporcionalidad en sentido estricto, respecto del cual en el caso sub júdice, se evaluó i) el grado de lesión o menoscabo que la decisión provoca en los principios en conflicto: equidad de género e igualdad con meritocracia; ii) la determinación del grado o la importancia en la satisfacción del otro elemento en conflicto e iii) la comparación de las magnitudes anteriores para comprobar si la importancia de la satisfacción del principio prevalente justifica la afectación, para concluir que el fin perseguido al incluir a la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ** como cuota femenina resultaba idóneo y eficaz y no existe un mecanismo que lesione de manera menor el bien jurídico del mérito absoluto.

En capítulo aparte, indicó que las normas que fundamentaron la elección de la Contralora Distrital de Cartagena fueron el Acto Legislativo 02 de 2015, en los artículos 164 y 167 del Acuerdo 20 de 2015, a fin de tener claro que la Mesa Directiva tenía la obligación de terminar el proceso de la convocatoria pública y que debía incluirse a una mujer en la terna.

Insistió en que la demanda de nulidad electoral se sustentó en que la elegida no cumplía con los requisitos constitucionales y legales para desempeñar el cargo (art. 275-5 CPACA), porque las demás críticas las hace contra el proceso de convocatoria, como son, las Resoluciones 146 de 2016 y 170 de 22 de diciembre de 2015, así que de oficio, fue más allá de lo pedido, desconociendo las limitaciones de los procesos electorales y analizó la supuesta ausencia de terna para la elección y de quebrantamiento del principio de transparencia, lo cual hace que el fallo sea *ultra petita*.

Indicó que la elección se hizo en cumplimiento de una orden constitucional de tutela, por cuanto el juez del amparo, ordenó rehacer el proceso de elección invalidando la que se había hecho en enero de 2015; exigió sanear el trámite de la convocatoria y, para tal efecto, retrotraer el proceso a la etapa en la cual se consolidó el vicio dada la falta de competencia de la entidad saliente para entrevistar, razón por la cual ordenó se citara a los aspirantes **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** e **IVÁN SIERRA PORTO**, quienes antes de consolidarse el vicio, lograron integrar la lista de elegibles respectiva, dejando sin efectos el nombramiento de 8 de enero de 2016, pero advirtiendo que la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ** podía volver a ser elegida.

Finalmente, argumentó que no hubo violación al principio de transparencia, por cuanto a falta de ley, el Concejo Distrital, en su autonomía, expidió una serie de actos administrativos a partir del Acuerdo 20 de 2015, las Resoluciones 146 y 170 de 2015, para acertar en el propósito de una adecuada convocatoria, tuvo que

revocar en la parte primera de la resolución, y ello se lo permitió el artículo 15<sup>8</sup> de la Resolución 146 de 2015 y, se buscaba hacer ajustes al proceso, precisamente, para no violar la Constitución Nacional y a lo largo del trámite se implementaron mecanismos de control estricto para todas las etapas y luego se hicieron ajustes por orden del juez de tutela.

#### 4.7.2. La demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**

Mediante escrito que reposa a folios 1.110 a 1.138 del cuaderno 6 del expediente del Tribunal, la demandada apeló la decisión, para que se revoque y, en su lugar, se denieguen las pretensiones de la demanda.

El demandante tiene confusión por falta de claridad entre concurso de mérito y convocatoria pública, mismo error que comentó el Tribunal en su sentencia.

Por otra parte, critica la modificación en el cronograma, afirmando que ello se hizo para favorecer la elección de la demandada, pero el actor se limitó a citar las normas por las cuales un candidato no podía ser elegido o debía ser anulada la elección, pero en todo lo expresado no ha sido el caso de la demandada y no se le ha probado nada en contra.

Indicó que el artículo 137 trae las causales genéricas de nulidad, pero en la demanda no invocó ninguna en contra del acto de elección que implicara el desconocimiento de los principios de publicidad, transparencia y objetividad en la selección por convocatoria pública y solo criticó los actos externos a la elección, por lo que a juicio de la apelante, el actor omitió su deber procesal de plantear y desarrollar la demanda en las causales de nulidad de la elección.

Criticó la sentencia del Tribunal *a quo*, en dos aspectos concretos en los cuales fundamentó el fallo, el primero, en cuanto a la supuesta ausencia de terna y, el segundo, referente a que dio por sentada la violación al principio de transparencia. Expresamente indicó que el tema sobre la inhabilidad no lo apelaba.

En cuanto a la **ausencia de terna**, consideró que el error del Tribunal fue haber confundido los conceptos de concurso público (mérito para empleados de carrera y personeros) con la convocatoria pública (para contratadores). En folio 37 del fallo, se consideró: "... *Lo anterior deja claro que en el concurso de contratador de Cartagena de Indias, el concejo distrital como autoridad nominadora discriminó cada uno de los puntajes...*", "...*Preciso sea indicar por la Sala que, las anteriores circunstancias de calificación, se constituyen a la luz de la jurisprudencia de Consejo de Estado en un verdadero concurso público (mérito personeros) muy a pesar de que el proceso se haya regido por una convocatoria pública...*". Confusión que también se presenta a folio 39 del fallo.

---

<sup>8</sup> Este artículo en su literalidad consagra: "**Modificación de la Convocatoria**. La convocatoria es norma reguladora de todo el proceso y obliga tanto al Concejo como a los participantes. La convocatoria podrá ser modificada o complementada en cualquier aspecto por el Concejo Distrital de Cartagena".

Pero no es cierta la consideración de que por el hecho de haberla incluido en la terna de elegibles para el cargo de Contralora de Cartagena, ello haya implicado la violación a norma alguna.

Pues la acusación del demandante se centró en el incumplimiento de los requisitos constitucionales y de ley, lo demás lo conecta a las normas implementadas para el proceso de la convocatoria y que el Tribunal las asumió en la sentencia como cargos del actor, por eso insistió en que los cargos de ausencia de terna y principio de transparencia van más allá de lo pedido por eso hace que el fallo sea *extra petita*. Trajo a colación, la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 12 de agosto de 2013, atinente al carácter rogado de la jurisdicción contenciosa y sus efectos frente al pronunciamiento del juez.

La apelante, se basó en argumentos constitucionales y de regulaciones internacionales para indicar la supremacía de la Constitución Política como limitante del poder y prevalencia de la libertad de los ciudadanos. De acuerdo con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la igualdad de género está en el centro mismo de los derechos humanos y los valores de las Naciones Unidas. Un principio fundamental de la Carta de las Naciones Unidas aprobada por los dirigentes del mundo, en 1945, es el de "*derechos iguales para hombres y mujeres*" y la protección y el fomento de los derechos humanos de las mujeres como responsabilidad de todos los Estados. Sin embargo, millones de mujeres del mundo entero siguen siendo víctimas de la discriminación desde distintos ámbitos como el social, político, económico, entre otros.

En razón a esos derechos de género y para dar cumplimiento al principio de equidad, fue que el Concejo Distrital optó por la inclusión de una mujer en los elegibles para ser Contralor de Cartagena y, por ende, con ello no se transgredió norma alguna.

Con respecto a la **violación al principio de transparencia**, indicó que el criterio del Tribunal es que el procedimiento no contenía reglas claras o transparentes, e incluso que eran contradictorias y que hacían pensar que el proceso podía ser una convocatoria o un concurso, con temas como la inclusión obligatoria de una mujer, o la prueba de conocimiento con carácter eliminatorio que exigió 80 puntos, y que esa falta de claridad permitió que el Concejo habilitara a la entonces aspirante para que continuara el proceso de selección, pero que con eso, modificó la convocatoria inicial, y esto es una transgresión al principio de transparencia.

La apelante arguyó que está claro que se trató de una convocatoria pública y no de un concurso de méritos, por cuanto el Acuerdo 20 de 27 de noviembre de 2015 dice que el Contralor será elegido de una terna que resulte de una CONVOCATORIA PÚBLICA. El Concejo solo optó por esta modalidad. Y que la no existencia de ley o norma para establecer el procedimiento de elección del Contralor no significa que se pueda pasar por encima de la Constitución, que claramente, consagra que debe ser por convocatoria pública.

Existen diferencias entre los contenidos de los artículos 125 y 126 superiores, por cuanto el artículo 125 dice que los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley serán nombrados por concurso público. Por su parte, el artículo 126, consagra que, salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos a corporaciones públicas, debe estar precedida de una convocatoria pública en donde se garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito. Entonces es de entender que la elección de los cargos para corporaciones públicas, como es el caso de Contralores, se hace por medio de una convocatoria y no por concurso de méritos (art. 125), aclarando que en el artículo 126 sobre convocatoria, se incluye la equidad de género en el proceso selectivo.

Insistió en que la norma constitucional no prohíbe que el Contralor pueda ser elegido de una terna de candidatos que se seleccione en el proceso respectivo, y que se garantice que por lo menos uno de sus integrantes sea mujer, esto no contraría ninguna norma, y menos la naturaleza de la Convocatoria Pública.

Tampoco se puede comparar con las normas establecidas para la elección de personeros, ya que la Constitución hace distinción en los cargos y, el Concejo puede elegir Contralor en su soberanía, creando procedimientos. En este caso, los aspirantes llegaron a un total de 52, solo que al final se decidió que fuera una terna y que uno de ellos fuera mujer, y los concejales eligieron a quien consideraron, por mérito, entonces cualquiera de los tres pudo ser elegido, y ello de manera alguna contraría norma jurídica.

De lo anterior derivó la defensa de la legalidad del procedimiento creado por el Concejo de Cartagena para elegir contralor, pues a partir del Acuerdo 20 de 27 de noviembre de 2015, que dio inicio al proceso, para luego continuar con la Resolución 146 del 1º de diciembre 2015, procedió conforme a las competencias constitucionales, legales y reglamentarias ajustadas a los principios que rigen la función pública. De igual forma en armonía con el artículo 158 de la Ley 136 de 1994, se impone a los Concejos el deber de elegir Contralores y, a falta de ley, deben implementar un reglamento.

Adicionalmente, la elección se hizo en cumplimiento de una orden Constitucional de Tutela, situación que tampoco advirtió el Tribunal que era de observancia obligatoria para el Concejo Distrital de Cartagena, que le impuso rehacer el proceso de elección, invalidando la designación realizada en enero de 2015, pero retomando desde que según se establece existía el vicio y, ello permitió que el Concejo de Cartagena volviera a elegirla, ya que el juez de tutela no dispuso la anulación del proceso desde el inicio. Informó que, en esta misma línea la Procuraduría Regional de Bolívar dentro de una investigación por presunto incumplimiento de orden judicial, profirió fallo de absolución de responsabilidad de la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**.

Así las cosas, no hubo violación del principio de transparencia porque como se explicó no se transgredió norma alguna. Indicó que existen precedentes



jurisprudenciales aplicables al caso en estudio, en cuanto a que el concurso de méritos, en esencia, es para cargos de carrera; mientras que la convocatoria pública es, para elegir, entre otros cargos, Contralores. Los relaciona y transcribe los apartes pertinentes.

#### 4.7.3. El demandante: La Veeduría Ciudadana Quinta Ventana Tu Veeduría

Mediante escrito obrante a folios 1.142 a 1.146 del cuaderno 6 del expediente del Tribunal, la parte actora apeló parcialmente el fallo de primera instancia, para que se confirme el numeral 1º de la parte resolutive que declaró la nulidad de la elección y se revoque *“el numeral segundo y, (...) en consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto acusado, ordenar al Concejo Distrital de realizar la elección del Contralor de ese Distrito, teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles conformada para el efecto, según el artículo 18 de la Resolución 044 de 2015, esto es en la persona que ocupó el mayor de los puntajes, así sucesivamente.”* (Véase folio 1.146 ib).

Consideró que en el asunto sub júdice se está en presencia de un derecho adquirido del aspirante **IVÁN SIERRA PORTO** en lo que se refiere a la escogencia del Contralor de Cartagena. A la Sala del Tribunal *a quo*, le correspondía acatar lo sostenido por el Consejo de Estado, y es que al existir nulidad de la elección de la persona que ocupó el primer puesto, debe acudir al orden de la lista de elegibles conformada para el efecto. Explica, el Consejo de Estado, que si la irregularidad no afecta todo el procedimiento de elección, se debe retomar desde el momento que no está viciado y volver a realizar las acciones respectivas, pero agrega que se puede hacer un nuevo procedimiento, siempre y cuando no se desconozcan derechos adquiridos.

Respecto a este punto, la Corte Constitucional ha dicho que la lista de elegibles es inmodificable una vez ha sido publicada porque se tiene una expectativa de ser nombrado. En consecuencia se debe ordenar al Presidente del Cabildo de Cartagena que proceda a realizar la elección del Contralor, pero teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles ya conformada para el efecto.

Es de suma atención que el Tribunal no haga mención del fallo del Consejo de Estado, Sección Quinta de 15 de diciembre de 2016, CP Dra. Lucy Bermúdez Bermúdez, dentro de la nulidad electoral contra la designación del Contralor de Valledupar, siendo esta jurisprudencia de idónea aplicación para el caso subjúdice, por cuanto en esa oportunidad se consideró que ante el vacío legal las normas que se deben aplicar son las que han sido creadas para tal efecto por el Corporativo eleccionario y que éstas se deben cumplir, conforme a los parámetros asignados.

Por lo expuesto, recabó en que la prueba de conocimiento dentro del concurso es de carácter eliminatorio, por lo que la señora NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ no debió seguir en la puja por la Contraloría Distrital de Cartagena, ya que no pasó el puntaje mínimo en la prueba de conocimiento, por lo que el proceso de elección debió seguir con los aspirantes que lograron el mayor puntaje, es decir, con los señores JOSÉ DAVID MORALES VILLA y el señor IVÁN SIERRA PORTO, pero

aceptada la renuncia del señor MORALES VILLA, el máximo puntaje es del señor SIERRA PORTO, no siendo una mera expectativa como lo presenta el Tribunal.

#### 4.8. El concepto del Ministerio Público

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, en escrito que reposa a folios 1.172 a 1.190 del cuaderno 6 del expediente del Tribunal, solicitó confirmar la decisión del *a quo*.

Explicó que esta clase de elecciones se realizan mediante convocatoria pública conforme a la ley, pero como hasta el momento esta ley no se ha expedido, conforme lo indicado por el Consejo de Estado, se puede aplicar por analogía - mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas- la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que, en la escogencia final, no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados.

Por otra parte, recordó que la analogía que se recomienda por la Sala de Consulta y del Servicio Civil para subsanar el vacío normativo, no implica aplicar mecánicamente las normas, pues como lo ha señalado la Corte Constitucional, la analogía procede y se aplica a situaciones no contempladas expresamente en la ley, *“pero que sólo difieren de la que si lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes”* (C-083-1995).

Para el caso de la elección de los contralores, se había señalado que ésta no se ceñía a un sistema de méritos en sentido estricto, en el que el puntaje de las pruebas sea determinante, toda vez que en el proceso de mérito especial que se ha de seguir para efectos de esta elección, no se impone al nominador el resultado en estricto orden de calificación, por cuanto la facultad de escogencia no ha sido limitada por el resultado de una prueba, criterio que se ha dejado a un lado, ya que cuando se establezcan métodos de medición de mérito será predominante y no puede el nominador desatender al resultado final de la convocatoria.

Aquí se presenta la diferencia entre el concurso de méritos y la convocatoria, en esta última no se obliga por los resultados, en tanto no se obliga la designación del ganador. Lo que si no puede hacer el nominador es establecer reglas y en el camino cambiarlas según conveniencia, porque se constituye en una violación de las garantías.

En el caso en examen, el Concejo de Cartagena reglamentó la convocatoria pública, y estas normas debían cumplirlas todos los interesados, en principio no podía hacer cambios en el proceso y, si en algún caso se permitía la modificación, debía garantizar la no violación de las garantías del debido proceso, como lo ordenó la Corte Constitucional al indicar que no deben desconocerse los principios constitucionales ni las legítimas expectativas de los concursantes.

En el asunto de examen se tiene que dentro de la convocatoria se estableció en el artículo 26 que la prueba de conocimiento tenía carácter eliminatoria y que para continuar en el proceso se debía obtener puntaje mínimo de 80 en dicha prueba, así y conforme con este mandato, el concursante que no obtuviera ese puntaje, quedaba eliminado y excluido de la convocatoria. Esto deja claro que la concursante **NUBIA FONTALVO** debió quedar excluida, pero no fue así, y por cuestión de género, se justificó habilitarla, sin haber obtenido el puntaje mínimo para que continuara participando en la convocatoria.

La expedición, *a posteriori*, de la Resolución 170 del 22 de diciembre de 2015, en la que se dispuso habilitar para continuar con la fase de valoración de antecedentes, a los tres primeros puntajes obtenidos en la prueba de conocimientos, fue a todas luces contraria a la ley, y de ella no puede predicarse efecto jurídico alguno, no solo por cuanto se expidió con desconocimiento del ordenamiento superior sino invocando normas que no son aplicables al caso, como es la Ley 581 de 2000.

Consideró que la sentencia del *a-quo* no incurrió en error, tampoco confunde ni hace sinónimos entre el concurso de méritos y la convocatoria pública, como lo indican los apelantes, porque cuando el nominador establece criterios para determinar el mérito, el cual conforme a la norma superior siempre debe estar presente en este tipo de convocatorias, la potestad nominadora de la corporación se auto limita y restringe y, por ello, la convocatoria se hace similar al concurso de méritos. En el asunto se debió respetar por transparencia las reglas establecidas, de esa forma no se podía habilitar a la demandada, por todo lo explicado y, como consecuencia de ello debía respetarse el puntaje mayor, por este motivo igual resultaba anulable la designación, por cuanto la designada no fue la concursante con la más alta calificación.

El tema a que se hace referencia fue objeto de consideración por la Sección Quinta al definir en la nulidad del Contralor del municipio de Valledupar, en la que se dejó consignado que cuando se han establecido mecanismos de calificación se está ponderando el mérito y así el designado, se reitera, no puede ser otro que aquél concursante que haya obtenido el mayor puntaje la más alta calificación.

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Competencia

De conformidad con el artículo 150 del CPACA, como también en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 -Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, la Sección Quinta es competente para conocer de la apelación interpuesta por varios de los sujetos procesales contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar de 12 de junio de 2017, que declaró la nulidad de la elección de **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, en calidad de Contralora del Distrito de Cartagena (2016-2019), en

tanto se trata de una sentencia proferida en primera instancia por uno de los Tribunales de Distrito Judicial, que el fallo fue apelado y que el asunto está enjuiciado a partir del medio de control de nulidad electoral por tratarse de la elección de un Contralor de la capital de un Departamento, especialidad de materia asignada a la Sección Quinta del Consejo de Estado.

## 2. Acto demandado

La demanda recae sobre la nulidad del acto declaratorio de elección de 21 de febrero de 2016 de la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, en calidad de Contralora del Distrito de Cartagena, para el período 2016-2019, contenido en el Acta de Sesión N° 040 de esa fecha, expedida por el Concejo del Distrito de Cartagena, obrante a folios 148 a 155 del cuaderno principal del Tribunal.

## 3. Problemas jurídicos

De acuerdo con los recursos de apelación presentados por los distintos sujetos procesales (demandada, demandante y el Concejo Distrital de Cartagena) corresponde a la Sala Electoral determinar: i) si el Tribunal *a quo* incurrió en alguna disconformidad en su labor de juez de primera instancia, al declarar la nulidad de la elección ya referida y que se acusó de encontrarse viciada por la causal del artículo 275 numeral 5° del CPACA, concretamente, por carecer la demandada de los requisitos constitucionales y legales para acceder al cargo, en la medida en que no superó la prueba de conocimientos que era de carácter eliminatorio. Por otra parte, si incurrió en fallo *extrapetita* al basarse en censuras no planteadas por la parte actora, lo que conlleva la transgresión del principio de justicia rogada y si incurrió en yerro al interpretar el principio de transparencia, de cara al principio de equidad de género.

ii) El segundo problema jurídico, deviene de la apelación parcial de la parte actora, en cuanto a que anulada la elección debió ordenarse nombrar al siguiente de la terna, quien a juicio del demandante, tenía un derecho adquirido.

Se deja claro que los ejes temáticos atinentes a la inexistencia del acto de la primera elección; a la supuesta inhabilidad de la demandada para volver a aspirar al cargo de Contralora y, a las irregularidades que se acusaron frente al contrato que el Concejo Distrital celebrara con quien apoyó para la implementación y desarrollo de la selección objetiva, así como las causales de falsa motivación, expedición irregular y desviación de poder que la demanda hizo converger en la no aplicación del mérito, fueron argumentos que gravitaron dentro de la primera instancia, se analizaron en la sentencia del *a quo*, pero que no fueron objeto de apelación por parte de los sujetos procesales, razón por la cual no merecen pronunciamiento del operador *ad quem*, quien está limitado en su decisión, por los contenidos de los recursos de alzada.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: i) la elección de los contralores distritales y municipales como consecuencia de la modificación del artículo 272 de la Constitución Política

por parte del Acto Legislativo 2 de 2015; ii) solución al caso concreto a partir de los límites argumentativos de las postulaciones de los apelantes, a saber: el fallo extrapetita; los requisitos constitucionales y legales en el marco de la causal de nulidad electoral del artículo 275 numeral 5° del CPACA; la interpretación del principio de transparencia, de cara al principio de equidad de género, para determinar si existía tensión entre el principio de mérito y la equidad de género; las decisiones de los jueces de amparo como justificación a la actuación desplegada por el Concejo Distrital en la elección de la Contralora y, por qué la nulidad electoral no es un juicio para reconocer, declarar o definir derechos adquiridos.

#### **4. La elección de los contralores territoriales como consecuencia de la modificación del artículo 272 de la Constitución Política.**

El artículo 272 de la Constitución regula el control de la gestión fiscal de las entidades territoriales. Establece que esa función está atribuida, por regla general, a la Contraloría de cada nivel territorial, de acuerdo a las pautas generales que establezca el Legislador.

No obstante, en atención a la autonomía de los corporativos territoriales -municipal y distrital e incluso departamentales-, es a ellos a quienes corresponde *“organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuesta”*.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que el Constituyente derivado en 2015 con el Acto Legislativo 02 de 2015 modificó el régimen de elección de los contralores territoriales, pues antes eran elegidos de una terna elaborada por los Tribunales de Distrito Judicial (el Tribunal Superior [2] y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo [1]), para que desde el año 2015 fueran elegidos a partir de una “convocatoria pública” regida por la ley y presidida por el Concejo respectivo. El Acto Legislativo 2 de 2015 (art. 23) introdujo este mandato en los siguientes términos: *“Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para período igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso”*.

Adicionalmente se debe tener en cuenta que el mismo Acto Legislativo modificó el artículo 126 Superior, en el que definió los componentes básicos de las convocatorias, diferenciándolas de los concursos públicos (art. 125 CP) y estableciéndolas como la regla general para la elección de los servidores a cargo de las corporaciones públicas en los siguientes términos: *“Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección”*.

Pero en el presente, la ley o regulación sobre la selección y convocatoria pública para elegir a los contralores territoriales no ha sido expedida por el Congreso de la República<sup>9</sup>, lo que para la Sección Electoral conlleva a afirmar que “*no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores*”<sup>10</sup>.

Y aunque la Constitución establece en los dos artículos mencionados que la “*convocatoria pública*” debe efectuarse bajo los términos establecidos en la ley, lo cierto es que el Congreso no ha regulado el asunto lo que afecta la definición específica de los patrones y derroteros para la elección de los contralores territoriales, pues tan solo cuenta con principalística constitucional, que aunque no resulta del todo insuficiente, es claro que el marco procedimental, de regulación particular y la logística de la convocatoria pública, desde su inicio y su materialización última en el acto declaratoria de elección, puede avizorarse en más de las veces con mucha amplitud.

No obstante, es innegable que artículo 4º superior establece el carácter normativo de la Carta y, en virtud del mismo, obliga a que sus preceptos sean acatados por todas las autoridades sin condicionamientos y descendiendo al tema puntual y de fondo, lo cierto es que impedir que los contralores territoriales sean elegidos a tiempo, afectaría otros valores constitucionales como el equilibrio de los poderes públicos, el cumplimiento efectivo de los deberes de las entidades territoriales, el control de la gestión fiscal y la protección del patrimonio público, aspectos fundamentales dentro de la arquitectura del Estado y del engranaje de la función pública y de la sociedad en general.

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

La jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa no ha sido ajena a la situación que se vive frente a la selección de contralores territoriales, razón por la cual en aras de dar claridad, han considerado que el vacío legal referido puede concretarse por analogía. Como en efecto, se indicó en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y a partir de una Circular Conjunta expedida por la ESAP, el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública.

La doctrina jurídica referida, motivada en una consulta elevada por el Ministerio del Interior, llevó a la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación a proferir el concepto de 10 de noviembre de 2015 (rad. 2254), en el que se diferenció los

---

<sup>9</sup> Ver auto del 30 de junio de 2016, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad: 2016-00063-01, Actor: Carlos Andrés Sanabria Gómez y otro. Demandado: Contralor del departamento de Casanare.

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 70001-23-33-000-2016-00011-02. Fallo del 29 de septiembre de 2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

concursos públicos de méritos y las convocatorias públicas, advirtiendo que en este último existe un grado mínimo de discrecionalidad a favor de la corporación pública para elegir al servidor, ya que esto lo puede efectuar legítimamente con cualquiera de las personas que haya satisfecho los requisitos establecidos previamente para ocupar el cargo. En lo demás, esa Sala manifestó que los concursos y las convocatorias son “compatibles” en cuanto a los principios, los métodos y los procedimientos que los componen.

A partir de lo anterior y de conformidad con el artículo 8<sup>11</sup> de la Ley 153 de 1887, que fue declarado exequible en la sentencia C-083 de 1995, se señaló que la analogía puede ser usada en el ámbito del derecho administrativo siempre que se tengan en cuenta los límites de la figura<sup>12</sup>. Bajo esta condición concluyó que la elección de los contralores territoriales sí puede ser orientada mediante la analogía, por las normas que reglan el concurso de los personeros (Ley 1551 de 2012 y el Decreto Reglamentario 2485 de 2014), ya que estas disposiciones garantizan el cumplimiento de los principios enlistados en el artículo 272 inciso 4 de la Constitución. Sobre el particular ilustrativo resulta el siguiente aparte:

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

En desarrollo de esa doctrina, la autoridad pública consultante acogió el concepto y expidió la Circular Conjunta 100-005-2015 el 24 de noviembre de 2015 expedida por el Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP, como se lee de la literalidad del siguiente aparte: “En consecuencia, las actuales Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales deberán adelantar la convocatoria pública para la elección de contralores por parte de los miembros de las Corporaciones que se posesiones el 1º de enero de 2016,

---

<sup>11</sup> “**Artículo 8.** Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.”

<sup>12</sup> Al respecto, en el Concepto se argumentó lo siguiente: “Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía (...) También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria<sup>37</sup>, sancionatoria<sup>38</sup>, de inhabilidades e incompatibilidades<sup>39</sup> y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas<sup>40</sup> o prohibitivas<sup>41</sup>.”

*siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015*".

Es decir, como opción, para regular la elección de contralores, la convocatoria y la selección respectiva puede regirse por aplicación analógica las reglas que rigen el concurso de los personeros, en lo que sea compatible y sin observar el estricto orden de calificación, no existiendo obligación de elegir el que obtenga el mayor puntaje o ponderación, como sí impone el concurso de méritos.

## **5. Estudio de los reparos consignados en los recursos de apelación.**

Valga recordar que el asunto en la fijación del litigio, está contenida en términos bastante amplios, que permiten entonces sean complementados con la argumentación de los recursos de apelación, lo que otorga al juez *ad quem* un margen de análisis mayor, al encontrar que consistía en determinar la nulidad del acto declaratorio de elección y de los actos reguladores del concurso, porque la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** no cumplía con los "*requisitos exigidos por la Constitución, la ley y los actos administrativos reguladores del concurso de elección de Contralor Distrital, en los términos previstos en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA.*" (fl. 657 vto. cdno. 4).

### **5.1. Fallo extrapetita**

Argumento devenido de las apelaciones de la parte demandada y del Concejo Distrital de Cartagena.

Dentro de la figura de la congruencia<sup>13</sup> del fallo, su previsión en forma concreta se lee en el artículo 187 del CPACA, que consagra el contenido de la sentencia, en los siguientes términos: "*La sentencia tiene que ser motivada. En ella se hará un breve resumen de la demanda y de su contestación y un análisis crítico de las pruebas y de los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios para fundamentar las conclusiones, exponiéndolos con brevedad y precisión y citando los textos legales que se apliquen.// En la sentencia se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la no reformatio in pejus.// Para restablecer el derecho particular, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas (...)*", aunque valga aclarar que la congruencia se aplica a todas las decisiones judiciales.

---

<sup>13</sup> La doctrina la define como un principio normativo "*que delimita el contenido de las resoluciones judiciales que deben proferirse, de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes (en lo civil, laboral y contencioso administrativo) o de los cargos o imputaciones penales formulados contra el sindicado o imputado (...), para el efecto que existe identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones o imputaciones y excepciones o defensas oportunamente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas.*" DEVIS ECHANDÍA. Alfonso. Teoría General del Proceso. eU Editorial Universidad. Buenos Aires. 3ª ed. Reimpresión 2004. Pág. 433.



Así las cosas, la congruencia está dada por la identidad entre lo pedido y lo argumentado con lo decidido, teniendo como excepción a la regla, aquellos asuntos en que el operador jurídico puede decidir de oficio o que la ley le impone, o los temas que se encuentran cobijados por figuras como las presunciones o los efectos jurídicos que son *ope legis*.

Dentro de las modalidades, frente a la postulación de la parte actora, se encuentra la incongruencia por fallo *extrapetita*, que se marca a partir de la *causa petendi* planteada por el actor, como parámetro para verificar si la decisión se encuadró dentro de los precisos límites de esa postulación pretensional, o a veces, en si se exceden los planteamientos por la parte demandada en sus postulaciones.

El fallo es *extra petita*, cuando el juez se pronuncia sobre asuntos que no fueron materia de controversia y, claro está, que si lo hace no sea de aquellos asuntos de excepción que se mencionaron antes. Es decir, el soporte de esta clase de incongruencia es que la temática que asume el operador la inexistente dentro del contenido del proceso, para contrastarlo con las otras dos modalidades, a saber: el fallo *ultra petita*, en el que estando dentro de los temas objeto de análisis y que le dan competencia, el juez excede los límites legales o los que las partes judicializaron o el *citra petita*, que omite el pronunciamiento dentro de la temática que la parte le expuso.

La situación en el Contencioso Administrativo, se ve matizada con otro componente como es, la justicia rogada dentro de los juicios en los que se conoce sobre la legalidad del acto administrativo o electoral y que se materializa en las censuras de violación y su concepto argumentativo, conforme lo dispone el artículo 162 numeral 4º del CPACA, al prever “*Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación*”, pues alrededor de éstas, el juez de lo Contencioso Administrativo, quien tiene jurisdicción rogada, no podrá asumir el estudio de censuras que el demandante no planteó en su demanda o que el demandado no arguyó en la contestación. Por contera se verá limitado, principalmente, por las pretensiones y por las censuras de la violación.

Dentro de tal limitación, no se incluyen ni las decisiones que son ínsitamente consecuenciales, ni los argumentos jurídico-normativos y probatorios que nutren el estudio y decisión, en tanto debe tenerse claro que se trata del juez de la legalidad objetiva del acto electoral.

Descendiendo al caso concreto y, en atención a que dos de los apelantes plantearon de un lado que la demanda no contiene causal específica de nulidad y que se presentó fallo *extra petita* al adoptar la decisión con fundamento en la violación al principio de transparencia y a la ausencia de terna (véase recursos de apelación de la demandada y del Concejo Distrital de Cartagena), en tanto, fueron aspectos supuestamente no planteados en la demanda, la Sala asumirá el estudio de la congruencia:

Se encuentra que en la demanda, las pretensiones incoadas, de una parte, fueron la nulidad del acto de elección, con especificación en que la demanda, “*no (cumplía) con los requisitos exigidos por la Constitución, la ley, actos administrativos reguladores del concurso de elección del Contralor, tal como lo exige el numeral 5 del artículo 275 del CPACA*” (ver pretensión primera de la demanda, fl. 1 y 2 cdno. ppal. del Tribunal). Y dos restantes pretensiones, consistentes en que se comunique la sentencia a las diferentes autoridades y que, subsidiariamente, se inapliquen las Resoluciones 170 de 22 de diciembre de 2015, 180 de 24 de diciembre de 2015 y 184 del 31 de diciembre de 2015, expedidas por el Concejo Distrital de Cartagena (pretensiones segunda y tercera).

Incluso en los fundamentos de hecho, se relataron supuestos que dan cuenta que sí hubo planteamiento por la parte actora, la Sala hace referencia al hecho 2.10 y 2.11 del capítulo de antecedentes de esta providencia, en los que se indicaron: i) la votación para la elección fue fijada para el 8 de enero de 2016 y se debía realizar sobre la terna escogida por el Concejo Distrital, asesorado por NEUROMIND S.A.S., pero en realidad fue una dupla porque la entonces aspirante **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** obtuvo un puntaje equivalente a 70 y en el consolidado de pruebas de conocimiento y valoración de antecedentes de 65 puntos (hecho 2.10), e ii) la inclusión de la aspirante **FONTALVO HERNÁNDEZ**, fue posible frente a una interpretación equivocada, sesgada y amañada para favorecerla, al confundir la equidad de género en los términos de la Ley 581 de 2000 y contrariar el artículo 125 de la Constitución. Es más, al momento de la elección, en la terna solo quedaba un único candidato, pues aunado a la imposibilidad de **FONTALVO HERNÁNDEZ** de estar como integrante de la terna, el aspirante que había quedado de primero, dimitió de su aspiración antes de la elección y, quedaba solo el segundo candidato, “*por lo tanto la elección nunca debió adelantarse por carencia de terna*” que es la exigida por la ley (hecho 2.11).

Por otra parte, en los fundamentos jurídicos de la demanda, la invocación normativa se centró en la transgresión del numeral 5° del artículo 275 del CPACA, lo cual reforzó con la violación de los artículos 4, 6, 29, 122, 125, 272 de la Constitución Política; 28 de la Ley 909 de 2004; 26 de la Ley 1551 de 2012; 5° y 7° de la Ley 581 de 2000.

El concepto de violación se sustentó en causales de falsa motivación, expedición irregular, desviación de poder, violación del debido proceso de los concursantes, que tuvieron un único punto de convergencia, atinente a la no aplicación del mérito.

Y dentro de esa acusación, glosó que el Concejo Distrital de Cartagena, al expedir la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, aplicó en forma errada, el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil y transgredió el artículo 5° de la Ley 581 de 2000, que dispone que la obligatoriedad de la Ley de Cuotas o de género, no se aplica a los eventos en que el cargo deba accederse por concurso de méritos y, desconoció su propia regulación (Resolución 146 de 2015) en la que determinó que la prueba de conocimientos era eliminatoria.

El Concejo Distrital confundió la participación paritaria del concurso con la terna como resultante del consolidado de las etapas del concurso, por cuanto de la sumatoria final de puntajes puede no aparecer una mujer elegible, toda vez que entre a regir la directriz del mérito y no la del género.

El artículo 4º de la Constitución Política consagra la prevalencia de la Carta frente a las demás normas, esto por cuanto el Concejo Distrital de Cartagena al expedir la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, aplicó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, mal interpretándolo y de paso violó flagrantemente la ley, por cuanto el artículo 5º de la Ley 581 de 2000 se impone cuando al cargo se accede por concurso de méritos, pero el Concejo, desvió el poder y consignó así una falsa motivación en la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, valiéndose para el efecto de sesgos y falacias tales como la aplicación del principio de ACCIONES AFIRMATIVAS, de protección a las condiciones vulnerables de un elemento social por cualquier desventaja que tenga frente al actor, pero nunca en un concurso de méritos, como el mismo Consejo de Estado, en concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>14</sup>, lo dejó en claro, al indicar que la aplicación del deber de equidad de género no debe atentar contra el mérito de los concursos.

La Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015 es abiertamente contraria al artículo 5º de la Ley 581 de 2000, porque confunde la participación paritaria del concurso para los dos sexos, con la terna como resultante del consolidado de las etapas del concurso, pues del consolidado, puede perfectamente no aparecer una mujer, siendo que la directriz del concurso es el mérito y no el género.

Se ha violado el artículo 6º de la Constitución Política, pues a sabiendas de que la Ley 581 de 2000, esa misma que alegó para desviar poder y violentar el debido proceso de los otros concursantes, establecía las excepciones para apearse solamente al mérito de las personas, porque de acuerdo al artículo 209 de la Constitución, el Estado tiene unos fines, los cuales deben ser garantizados a través de los servidores públicos, como agentes directos que deben acatar los postulados del artículo 6º superior.

El Concejo Distrital se extralimitó en sus funciones, al modificar una Resolución 170 de 2015, solo buscando favorecer a la elegida, pues ya el procedimiento se encontraba reglamentado en esa resolución, en el que se indicó que la prueba de conocimientos era eliminatoria, es decir, quien lo la superara no podía continuar en el concurso.

Al advertir esta situación, el Concejo de Cartagena, procedió a expedir las Resoluciones 170, 180 y 184 de 2015, a fin de acomodar el concurso y así garantizar la continuidad de la actual Contralora dentro del proceso de selección.

El numeral 5º del artículo 275 del CPACA establece la procedencia de la acción cuando se nombre a personas que no reúnen las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de

---

<sup>14</sup> Radicado 2274. Exp. 1100103060002015018200. C.P. Dr. Álvaro Namén Vargas.

inhabilidad. Así las cosas, el acto de elección del Contralor de Cartagena, fue indebidamente realizado, por haber acomodado mediante actos administrativos de trámite, el concurso para la Contralora electa, con lo cual violó el debido proceso (art. 29 de la Constitución Política), y se vieron afectados los derechos de los demás al no garantizarse el principio de transparencia en el proceso.

Indicó que el artículo 125 superior establece que los funcionarios cuyo sistema de elección no se ha establecido por la ley, será adelantado por concurso público, que conlleva el principio de transparencia y exige que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos se harán previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y las calidades de los aspirantes, lo cual debe armonizarse con el artículo 272 *ibidem*.

El precepto constitucional fue manipulado y violado groseramente por el Concejo Distrital de Cartagena, al valerse de la palabra “terna” para entender que la Ley 581 de 2000 no se aplicaba al concurso, sino a la terna final como consolidado de los puntajes. A juicio del demandante, la realidad de esta norma en cita es que precisamente el artículo 5º, le indica al Concejo de Cartagena, en qué caso se debe atender al mérito por encima de la conformación de las listas de género. Citó la sentencia C-437 de 2013.

Mediante la Resolución 146 de 1º de diciembre de 2015 había reglamentado el concurso, el Concejo Distrital no podía introducir adendas o enmiendas de manera unilateral, lesionando así el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, atinente a la fuerza obligatoria de las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria.

El actuar defectuoso y grosero del Concejo Distrital de Cartagena, con el que transgredió el artículo 29 de la Constitución, fue advertido por el juez de tutela, por cuanto la demanda de amparo que incoara el señor Rafael Ricardo Camargo Jiménez contra el Concejo de Cartagena, fue acogida en sus pretensiones, en sentencia de 3 de febrero de 2016 por el Juzgado 4º Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías (Rad. 13001407100420150025500) y, luego en sentencia de 8 de febrero de 2016, al encontrar vulnerado el debido proceso debido a la falta de cumplimiento de los requisitos legales del concurso, en su claro empeño por favorecer a la Contralora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**.

Por su parte, la sentencia del Tribunal *a quo*, mencionó lo de la ausencia de integración de la terna, precisamente, porque a su juicio, la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ** no había superado la prueba eliminatoria y ello no se compadecía con las exigencias de la convocatoria y en ese *ítem* expuso el régimen aplicable a la elección de contralores y la posibilidad de modificación excepcional de los términos y condiciones de una convocatoria pública y el por qué consideraba que la habilitación de la entonces aspirante no era aceptable y en esa égida, ahondó en el principio de transparencia que se vio vulnerado por los actos que le permitieron a la demandada continuar en el proceso de selección, bajo la figura intitulada por la Resolución 170 de 2015, como “*habilitar a...*”.

De lo anterior, la Sección Quinta encuentra que la *litis* se desarrolló dentro de la nulidad electoral, en la falta de requisitos legales y constitucionales para ejercer el cargo, de cara a aquellos particulares y específicos, que en el ámbito competencial del Concejo Distrital y que a partir de su autonomía, determinó en la convocatoria pública, integrando al bloque de constitucionalidad y legalidad de la elección de Contralora, las normas que él mismo profiriera dentro de su competencia al plasmarlos en la convocatoria, así que no encuentra la Sala, exceso de pronunciamiento, más allá de lo planteado por las partes, como se evidencia de la *causa petendi* y los fundamentos fácticos y normativos.

Es innegable que la sentencia de primera instancia se centró en determinar si la demandada cumplía con los requisitos para el cargo, para concluir que ello no había acontecido, al no superar el puntaje mínimo de la prueba de conocimientos, el cual había sido preestablecido en la Convocatoria, a razón de 80 puntos, y de los que la demandada solo obtuvo 70.

Por contera, siendo este tema de la prueba eliminatoria la censura principal en la que el actor encuadró las causales de nulidad electoral, para la Sala, sí queda subsumida en los requisitos legales y constitucionales que los aspirantes al cargo debían cumplir y, fue esta la *ratio decidendi* del fallo acusado de incongruencia, razón por la cual no encuentra que este haya sido *extra petita*. Aunado a lo anterior, la consideración sobre la ausencia de terna y la violación al principio de transparencia sí están manejados por la disertación que hiciera la demanda, pues se recaba en que todo tiene fundamento en el asunto de la prueba eliminatoria y su no superación del puntaje mínimo que fijó la convocatoria para continuar en el proceso de selección, para llegar a ser de los elegibles en la terna y tener la posibilidad de resultar electo, disposiciones que se advertían con carácter de permanencia. Así las cosas, esta censura de la apelación no prospera.

## **5.2. Los requisitos constitucionales y legales dentro del marco de la causal de nulidad electoral del artículo 275 numeral 5° del CPACA.**

Para decidir sobre este punto de la apelación, la Sala en primer término traerá al fallo, las probanzas que permiten encuadrar mejor lo acontecido en el periplo de la selección del ganador al cargo de Contralor y las vicisitudes que los apelantes invocaron en sus recursos, tales como la supuesta tensión de dos principios que se encuentran presentes en toda convocatoria pública, conforme al mandato del artículo 272 constitucional, el mérito y la equidad de género, para así determinar a quién de los apelantes favorece la razón conforme a derecho.

### **5.2.1. La cronología de lo probado**

5.2.1.1. El **Acuerdo 20 de 27 de noviembre de 2015**, “*por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo 018 de 2003, actualizado y concordado con los Acuerdos N° 031 de diciembre 29 de 2005 y el 042 de diciembre 21 de 2006, conforme al Acto Legislativo 02 de 1° de julio de 2015*” expedido por el Concejo Distrital de

Cartagena de Indias, obrante a folios 1.107 a 1.1.09 del cuaderno 6 del expediente del Tribunal.

En este se reguló en título que se adicionó al Acuerdo 018 de 2003, el tema de la elección del Contralor Distrital, en el que se prevé que dicha designación se debe realizar dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que se inicia el período constitucional, previa convocatoria pública (art. 163) y consagró:

***“Artículo 164. El Contralor Distrital será elegido de entre una terna que resulte de la convocatoria pública adelantada por el Concejo Distrital y que (sic) en todo caso deberá garantizar que al menos uno de sus integrantes sea mujer. El Concejo Distrital efectuará los trámites pertinentes para la convocatoria, que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal, conforme a la Ley.***

***Artículo 165. Etapas de la convocatoria pública para la elección de contralor.* La convocatoria para la elección del contralor Distrital tendrá como mínimo las siguientes etapas:**

a) Convocatoria. La convocatoria, deberá ser suscrita por la Mesa Directiva del Concejo Distrital, previa autorización de la Plenaria de la corporación. La convocatoria es norma reguladora de todo el procedimiento **que busca establecer los mejor calificados**, de tal suerte que **la Corporación desarrolle la selección valorando y escogiendo entre los candidatos que han sido mejor calificados para la convocatoria, atendiendo la equidad de género, y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes.** Contendrá las etapas que deben surtirse y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso y equidad de género.

La convocatoria contendrá, por lo menos, la siguiente información: fecha de fijación; denominación, código y grado; salario; lugar de trabajo; lugar, fecha y hora de inscripciones; fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos; trámite de reclamaciones y recursos procedentes; fecha y hora de la prueba de conocimientos; pruebas que se aplicarán, indicando el carácter de la prueba, el puntaje mínimo aprobatorio y el valor dentro de la convocatoria; fecha de publicación de los resultados de la convocatoria; los requisitos para el desempeño del cargo, que en ningún caso podrán ser diferentes a los establecidos en la Ley; y funciones y condiciones adicionales que se consideren pertinentes para el proceso;

b) Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto de la convocatoria;

c) *Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.*

*La convocatoria pública para la selección de los mejores para desempeñarse como Contralor Distrital comprenderá la aplicación de las siguientes pruebas:*

*1. Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total de la convocatoria.*

*2. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria.*

*3. Entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración de la convocatoria.”.*

5.2.1.2. La **Resolución 146 de 1° de diciembre de 2015**, obrante a folios 102 a 120 del cuaderno principal del Tribunal, “*Por la cual se convoca y reglamenta la convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor (a) Distrital de Cartagena, conforme a lo establecido en el artículo 272 constitucional y se dictan otras disposiciones*”, expedida por la Mesa Directiva de dicho corporativo.

5.2.1.3. La **Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015** de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Cartagena, “*por medio de la cual se adopta una decisión dentro de la convocatoria pública contenida en la Resolución 146 de 2015, por medio de la cual se convoca y reglamenta la convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor (a) Distrital de Cartagena, conforme a lo establecido en el artículo 272 constitucional y se dictan otras disposiciones*” (fls. 67 a 74 cdno. 5 del exp. del Tribunal).

En esta se decidió:

**“Artículo Primero.** *Habilitar para continuar con la fase de valoración de antecedentes, los tres primeros puntajes obtenidos en las prueba de conocimientos, así:*

<b>CANDIDATO</b>	<b>IDENTIFICACIÓN</b>	<b>PUNTAJE PRUEBA DE CONOCIMIENTO</b>
JOSÉ DAVID MORALES	73.154.240	95
IVÁN SIERRA PORTO	73.167.277	93
NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ	45.753.698	70

(...)"

Se explicó que la convocatoria inicial previó que debían desarrollarse los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para la referida elección y, que la terna para la designación se elaboraría con los mejores calificados, en los que al menos uno de sus miembros sería mujer, para respetar el principio de equidad de género.

No obstante lo anterior, atendiendo a los resultados de la prueba de conocimiento, en los que solo dos varones superaron el mínimo establecido “*y el tercer puesto lo ocupa, una mujer, pero que no alcanza a obtener el puntaje mínimo clasificatorio*”, el Concejo Distrital de Cartagena, dijo que con fundamento en la sentencia de la Corte Constitucional C-371 de 2000, dio aplicación a acciones afirmativas, que permiten dar un trato diferencial a quienes ostentan condiciones de vulnerabilidad frente a las prácticas sociales, a fin de materializar la igualdad sustancial, que en letras de la Corte es remedial, compensador, emancipatorio, corrector y defensivo para las personas y grupos en condiciones de inferioridad.

Indicó que conforme al Acto Legislativo 02 de 2015, la equidad de género emerge como un criterio imperativo constitucional, con carácter vinculante frente a los procesos de selección de contralores locales, que en armonía con el artículo 6° de la Ley 581 de 2000, impone que la terna deba estar integrada, por lo menos, con una mujer. Conforme con el artículo 49 de la Resolución 146 de 2015, la terna se conformaría al menos con una (1) mujer, para respetar así el principio de equidad de género.

Así las cosas, es dable aplicar acciones afirmativas a favor de las mujeres que participaron en la convocatoria pública, teniendo en cuenta que los tres primeros puntajes resultantes de la prueba de conocimientos, en armonía con la posibilidad constitucional de aplicar la máxima de que cuando se presenten entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera la más garantista o la que permita la aplicación, de forma más amplia, del derecho fundamental.

No obstante, en este punto la Sala Electoral no observa que a la mesa directiva le haya sido delegada la competencia por parte del Concejo Distrital en pleno, de modificar la convocatoria en sus dispositivos sustanciales y con vocación de permanencia.

5.2.1.4. La **Resolución 180 de 24 de diciembre de 2015**, que obra de folio 121 a 122 ibidem, “*Por la cual se modifica el cronograma contemplado en la Resolución 146 de 2015*” expedida por la Mesa Directiva del Concejo Distrital, con el único propósito de ampliar el plazo para sustentar las reclamaciones.

5.2.1.5. La **Resolución 171 de 22 de diciembre de 2015**<sup>15</sup>, “*Por la cual se consolida el puntaje de la prueba de conocimientos y valoración de antecedentes*”

---

<sup>15</sup> Folios 717 a 718 cuaderno 4 del expediente del Tribunal.



dentro de la convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor Distrital de Cartagena”, en la que se decidió:

**“ARTÍCULO PRIMERO.** Publicar el consolidado de las pruebas de conocimiento y valoración de antecedentes, así:

**1. CONSOLIDADO DE PONDERACIÓN**

Nombre candidato	Cédula	Prueba de conocimientos/ 70%	Valoración de antecedentes	Resultado parcial	Entrevista 10%	Total final
JOSÉ DAVID MORALES VILLA	73.154.520	66.6%	17.7%	84.2	-	-
IVÁN DE JESÚS SIERRA PORTO	73.167.277	65.1%	14%	79.1	-	-
NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ	45.753.698	49%	16%	65.0	-	-

**ARTÍCULO SEGUNDO.** Los candidatos preseleccionados dentro de esta etapa, pueden consultar el detalle de su calificación en las instalaciones del Concejo Distrital de Cartagena de Indias, Secretaría General, Edificio Galeras de la Marina, en horarios hábiles. Los demás participantes dentro del concurso podrán solicitar por escrito a la Secretaría General del Concejo los resultados de las pruebas.”.

5.2.1.6. La **Resolución 184 de 31 de diciembre de 2015**, que reposa de folios 123 a 126 ibidem, “por la cual se establece la terna para proveer el cargo de Contralor (a) Distrital de Cartagena, conforme a lo establecido en el artículo 272 Constitucional”. En los considerandos, se relata que a la etapa de inscripción se presentaron 57 ciudadanos, de los cuales luego de la verificación de requisitos básicos, se admitieron 52 aspirantes, quienes absolvieron la prueba de conocimientos académicos y, luego de las reclamaciones, el 28 de diciembre de 2015 se publicaron los resultados que corresponden a los tres primeros lugares:

CANDIDATO	IDENTIFICACIÓN	PUNTAJE PRUEBA CONOCIMIENTO
JOSÉ DAVID	73.154.240	96

CANDIDATO	IDENTIFICACIÓN	PUNTAJE PRUEBA CONOCIMIENTO
MORALES		
IVÁN SIERRA PORTO	73.167.277	93
NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ	45.753.698	74

Y en forma textual, en la parte considerativa, numeral 6°, indicó:

*“En esta prueba, se obtuvo una calificación por encima del puntaje mínimo establecido por dos ciudadanos varones y el tercer lugar el puntaje lo ocupó una mujer, por lo que se emitió por parte de la Mesa Directiva la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015, a efectos de habilitar para continuar con la fase de valoración de antecedentes...”* (fl. 125 ib. Subrayas y negrillas fuera de texto).

#### 5.2.1.7. Las decisiones de tutela

5.2.1.7.1. El Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cartagena (Bolívar), en sentencia de 3 de febrero de 2016<sup>16</sup>, amparó el derecho al debido proceso de **RAFAEL RICARDO CAMARGO JIMÉNEZ** y de **IVÁN SIERRA PORTO** contra el **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, pero fue anulado, en razón a que no se dio oportunidad a la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**, para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción.

5.2.1.7.2. Ese mismo Juzgado, luego de rehacer el trámite que anuló, mediante fallo de 8 de febrero de 2016, **amparó el derecho al debido proceso** de los señores antes referidos. En consecuencia, **ORDENÓ** al Concejo Distrital de Cartagena *“retrotraerse a la etapa de entrevistas del proceso para elegir Contralor Distrital de Cartagena, momento en que se consolidó el vicio”* y que en el término de diez días llevara a cabo las entrevistas, sumara puntajes y designara Contralor, *“siendo llamados a ser entrevistados los aspirantes **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** e **IVÁN SIERRA PORTO**, por cuanto lograron integrar la lista de elegibles respectiva, de la cual hacía parte el señor **JOSÉ DAVID MORALES VILLA**, cuya declinación a ser elegido milita en autos. Así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la Doctora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** como Contralora Distrital queda sin efectos”*.

Dentro de las consideraciones, el operador del amparo, acotó que la acción de tutela es procedente para controvertir actos administrativos expedidos en el marco del concurso público de méritos, aún cuando existen otros medios de control jurisdiccional, e indicó lo que a su juicio es la posición de la Corte Constitucional, en cuanto a que las acciones contencioso administrativas, no protegen en igual grado que como lo hace la acción de tutela, los derechos

<sup>16</sup> Folios 36 a 50 del cuaderno principal del Tribunal.

fundamentales amenazados o vulnerados en los procesos de vinculación de servidores públicos, cuando ello se hace por concurso de méritos, debido a la congestión del aparato jurisdiccional que conlleva a que el agotamiento de aquellas implique la prolongación de la vulneración en el tiempo.

Indicó que como el concurso de méritos fue el mecanismo escogido por el legislador para proveer el cargo de Contralor, de conformidad con el mandato constitucional 125, en el que se privilegia el mérito, desechando criterios como el favoritismo y el nepotismo y alejándose de consideraciones individuales o arbitrarias.

Luego de analizar las generalidades del derecho al debido proceso, y las posibles medidas de restablecimiento, en las que encontró la viabilidad de suspender el concurso o de algunas de sus etapas, descendió al caso concreto, en el que advirtió que el Concejo Distrital saliente, cuyo período finalizaba el 31 de diciembre, **era incompetente para haber realizado la entrevista y elegido Contralor**, pues debido a su vencimiento de período, solo le correspondía convocar y adelantar la selección, pero la entrevista y elección debía efectuarla el Concejo Distrital entrante que tomaba posesión el 1° de enero de 2016.

En consecuencia, explicó que debía retrotraerse el proceso eleccionario, al momento en que se hizo evidente el vicio, esto es, a la etapa de entrevista e impuso que debían ser llamados la demandada **FONTALVO HERNÁNDEZ** y el aspirante **IVÁN SIERRA PORTO**, quienes antes de consolidarse el vicio, lograron integrar la lista de elegibles, de la cual también hacía parte el señor José David Morales Villa, quien declinó su aspiración y agregó: *“así las cosas, por sustracción de materia, el actual nombramiento de la doctora **FONTALVO HERNÁNDEZ**, como Contralora Distrital quedará sin efectos, hasta tanto se subsane el defecto anotado, y sin perjuicio de que pueda ser nuevamente elegida por la votación mayoritaria del Concejo Distrital actual, en las mismas condiciones en que fue elegida el pasado 8 de enero de 2016”*. Finalmente, indicó que no encontró acreditada la vulneración al derecho a la igualdad (fls. 51 a 75 cdno. ppal. exp. Tribunal).

No obstante, se advierte que no se pronunció sobre el tema principal que plantearon los tutelantes y, era que la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ** a pesar de tener un puntaje inferior al clasificatorio, le fue viable llegar al final, en virtud de la ley de cuotas, a lo que el tutelante calificó como una indebida interpretación respecto al concepto y aplicación de la equidad de género.

5.2.1.7.3. El Juzgado en cita, mediante auto de 10 de febrero de 2016, accedió a aclarar el fallo conforme lo solicitó la tercera vinculada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, en relación con que el nombramiento de 8 de enero de 2016, quedaba sin efectos, hasta que se subsane el defecto anotado y, sin perjuicio, de que pueda ser nuevamente elegida por la votación mayoritaria del Concejo Distrital actual y, negó la solicitud de adición, aclaración y complementación de la parte tutelante, atinente a que

se especificara que la lista de elegibles debía ser integrada exclusivamente por las personas que se encuentren habilitadas en un mínimo de 80 puntos (fls. 76 a 77 ib).

5.2.1.7.4. El Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, mediante fallo de 31 de marzo de 2016, que reposa a folios 87 a 97 ib, confirmó la sentencia de 8 de febrero anterior, que accedió parcialmente a las pretensiones de tutela, pues amparó el debido proceso, pero negó la protección del derecho a la igualdad. Consideró que estaba frente a un hecho superado, en tanto el trámite había sido rehecho y resultó elegida, por segunda vez, la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ** y, agregó, respecto de los reparos frente a la conformación de la lista de donde se escogió a la actual contralora, arguyó que la tutela no es el medio idóneo para ventilar dicha cuestión, pues ello debe ser dilucidado ante los jueces naturales, esto es, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro de las acciones ordinarias.

5.2.1.8. La **Resolución 029 de 11 de febrero de 2016**, obrante a folios 692 a 694 del mismo cuaderno, “*por medio de la cual se acata la orden impartida por el Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con función de control de garantías de Cartagena - Bolívar, dentro del fallo de tutela*” expedida por la Mesa Directiva del Concejo Distrital. En esta se indicó que en cumplimiento de dicha decisión, las entrevistas se sujetarán a las reglas establecidas en la Resolución 146 de 2015, en los artículos 32<sup>17</sup>, 33<sup>18</sup> y 34<sup>19</sup>, quedando el cronograma reestructurado en fechas desde la citación a entrevista hasta la elección de Contralor, la cual en principio, se había previsto para el 31 de diciembre de 2015, pero en razón a la orden de amparo, se reagendó para el 21 de febrero de 2016. Este acto fue aclarado por la Resolución 030 de 12 de febrero de 2016 de la Mesa Directiva del Concejo de Cartagena, obrante a folio 695 siguiente, en el sentido, de citar a los aspirantes **IVÁN SIERRA PORTO** y **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, para entrevista y “...se deja sin efecto el Artículo segundo de la Resolución N° 029 de 11 de febrero de 2016”, es decir, la sujeción a las reglas de prueba de entrevista (art. 31), citación y realización de prueba de entrevista (art. 32) y publicación de resultados (art. 33), de acuerdo a la Resolución 146 de 2015.

5.2.1.9. En **Resolución 037 de 17 de febrero de 2016**, expedida por la Mesa Directiva del Concejo, que reposa a folio 696 ib, se modifica la Resolución 029 de 2016 para ajustar nuevamente el cronograma, desde la publicación de resultados

---

<sup>17</sup> En realidad la transcripción que se lee en la Resolución en cita, corresponde al artículo 31 de la Resolución 146 de 2015. “Artículo 31. Prueba de Entrevista. La entrevista por competencias será aplicada con el propósito de analizar y valorar las habilidades y actitudes específicas relacionadas con el cargo a desempeñar, y la coincidencia con los principios y valores organizacionales, las habilidades frente a la visión y misión organizacional, el compromiso institucional y laboral, trabajo en equipo, relaciones interpersonales, si es adecuado o idóneo y si puede, sabe y quiere ocupar el cargo. // El propósito es evaluar las habilidades y aptitudes laborales, reflejadas en la responsabilidad en la toma de decisiones, la iniciativa de innovación en la gestión y el valor estratégico e incidencia de la responsabilidad”.

<sup>18</sup> En realidad se refiere al artículo 32. “Artículo 32. Citación y realización de la prueba de entrevista. Solo podrá presentar la prueba en la presente convocatoria quien haya pasado la prueba de conocimientos, y se presente en el lugar de la fecha indicada. Los aspirantes serán citados a través de la página web Concejo Distrital de Cartagena. No se aceptarán peticiones de presentación en lugares y fechas diferentes a los establecidos.”

<sup>19</sup> En realidad alude al artículo 33. “Artículo 33. Publicación de resultados. En los tiempos establecidos en el cronograma de la convocatoria, se publicarán los resultados de la prueba en la página web del concejo distrital de Cartagena.”

de las entrevistas, las reclamaciones y los resultados luego de éstas, manteniendo la elección para el 21 de febrero de 2016.

5.2.1.10. Mediante **Resolución 085 de 20 de febrero de 2016**, expedida por la Mesa Directiva del Concejo, obrante en folios 697 a 698 ib, “*por la cual se culmina la orden impartida por el Juez Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con funciones de Control de Garantías de Cartagena Bolívar – dentro del fallo de tutela...*” y consolidó los resultados de las entrevistas de quienes el juez de tutela ordenó se rehiciera la actuación, correspondiendo ambos aspirantes un porcentaje de 5.5%, lo cual arroja como puntaje consolidado o sumatoria, 84.6 puntos para el aspirante **IVÁN SIERRA PORTO** y, para la aspirante **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, 73.3 puntos y, ordenó que el consolidado de este resultado se pusiera en conocimiento de la Plenaria del Concejo.

5.2.1.11. El acto declaratorio de la elección, que corresponde al **Acta de sesión ordinaria 040 de 21 de febrero de 2016**, que reposa a folios 148 a 155 ibidem), en cuya discusión se refirieron a las decisiones del juez de tutela del Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, a las que consideraron de obligatorio cumplimiento y a los impedimentos y recusaciones. Se contiene en ésta la relación de la votación nominal del Concejo Distrital de Cartagena que dio la victoria a la demandada, que da cuenta que de los 19 Concejales, 14 dieron su voto favorable a la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, quien resultó elegida y en ello se ratificó la plenaria y, la elegida tomó posesión del cargo en la misma sesión.

5.2.1.12. Juicio disciplinario

La **Resolución de 23 de diciembre de 2016**, expedida por la Viceprocuraduría General de la Nación, obrante a folios 178 a 228 del cuaderno 5 del expediente del Tribunal, revocó el fallo de primera instancia de 6 de septiembre de 2016, proferido por el Procurador Segundo Delegado para la Vigilancia Administrativa, para en su lugar, absolver de responsabilidad disciplinaria a los Concejales Distritales de Cartagena, en tanto las conductas endilgadas son atípicas, de cara al numeral 1º, del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, toda vez que las normas fundamento de la selección de contralores no concretan el incumplimiento de deberes por las conductas descritas.

Sintetizó que la acusación recayó sobre las presuntas irregularidades en que pudieran estar incurso los referidos Concejales, con ocasión del proceso de elección de la Contralora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, quien no alcanzó el puntaje mínimo de 80 puntos de la prueba de conocimientos, lo cual le impedía seguir en el concurso; sin embargo, fue incluida en la lista de elegibles, por requerirse una mujer en la terna, para cumplir con el principio de equidad de género.

A lo largo de la decisión disciplinaria las consideraciones convergen en que las normas señaladas como infringidas, no permiten concretar el deber violentado ni la prohibición por extralimitación de funciones, que es el supuesto normativo del

numeral 1º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, que contiene los deberes de todo servidor público. Concluyó “...en estricto acatamiento y apego al principio de legalidad- tipicidad, llama la atención sobre el hecho de que los deberes funcionales de los investigados no están consagrados en las normas sustanciales, presuntamente violadas, lo cual no satisface el principio de tipicidad, elemento sin el cual no es posible atribuir responsabilidad disciplinaria a los investigados”.

### 5.2.2. Lo que se concluye

Visto el acervo probatorio *in extenso*, para efectos de pronunciarse sobre si la demandada reunía o no los requisitos constitucionales o legales para ocupar el cargo, la Sala Electoral considera que, en efecto, para la elección de Contralores, los Concejos locales, gozan de autonomía para regular dicha selección, sólo que debe seguir los principios constitucionales previstos en el artículo 272 de la Carta.

En respuesta a esa autonomía constitucional que se predica de esta especial selección de Contralor, en cuyo lineamiento solo se requiere de una convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y de equidad de género.

Siendo viable acudir al derecho supletivo (legislación aplicable a otros cargos como el de Personeros), pero en defecto del régimen propio (regulación de la corporación), si y solo sí, así lo ha previsto expresamente. De lo contrario, no es posible acudir a otra normativa.

Así las cosas, para el operador jurídico que analiza la regulación aplicable, se impone acudir primero a la reglamentación propia y exclusiva expedida por el corporativo nominador, dentro de su autonomía de auto regulación.

En efecto, en la Resolución 146 de 1º de diciembre de 2015 o Convocatoria de la elección del Contralor de Cartagena, en los motivos de este acto, el Concejo Distrital tiene claro las diferencias entre el concurso de méritos y la convocatoria pública, e indica que la convocatoria constituye la norma reguladora de todo proceso y es obligatoria y vinculante para el Concejo como para los participantes y contiene las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de méritos para su selección.

En forma perentoria indicó que con **las pruebas y el análisis de las hojas de vida**, el Concejo elaboraría la terna con los mejores calificados, **en la que al menos uno de sus miembros sea mujer “con lo cual se cubrirá la vacante del empleo de contralor (a) Distrital, respetando el principio de equidad de género”** (fl. 103 cdno. ppal. exp. del Tribunal).

En el artículo 5º, como requisitos de participación se plasmaron los previstos en el artículo 272 superior, en la Ley 42 de 1993 y en la Ley 136 de 1994 (ser ciudadano colombiano, mayor de 25 años, profesional con título universitario y haber ejercido funciones públicas por un término anterior no inferior a dos años. La

falta de estos requisitos o la inscripción extemporánea o su radicación en lugar diferente al previsto o estar incurso en causal de inhabilidad incompatibilidad u omitir la firma en el formulario de inscripción, entre otros, da lugar a la inadmisión o exclusión de la convocatoria (art. 6°). Las causales de exclusión podrán aplicarse en cualquier momento de la convocatoria (parágrafo único). En el artículo 15, se consagra que la convocatoria puede modificarse o complementarse, en cualquier aspecto por el Concejo Distrital de Cartagena. En el artículo 20, se dispuso que la lista definitiva de admitidos, hacía viable continuar en la convocatoria y que no podrían participar en el proceso de elección quienes no acreditaran oportunamente el cumplimiento de los requisitos.

A partir del Capítulo IV, intitulado pruebas, en el artículo 21 se indicó que las pruebas a aplicar, el carácter y su ponderación, tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación y para establecer la clasificación de los aspirantes, respecto de las competencias y calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo. El Concejo Distrital, se decantó porque la valoración de estos factores se efectuara mediante medios técnicos, que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad con parámetros **previamente establecidos**:

Pruebas	Carácter	Peso porcentual	Puntaje máximo establecido	Puntaje mínimo de aprobación
Competencias básicas y funcionales	ELIMINATORIO	70,00%	100	80
Valoración de antecedentes	CLASIFICATORIO	20,00%	100	NO APLICA
Entrevista	CLASIFICATORIO	10,00%	100	NO APLICA
<b>Totales</b>		100,00%	<b>300</b>	

En el artículo 22, describió y precisó la finalidad de las pruebas escritas sobre competencias básicas y funcionales, al indicar que el propósito de la misma, es evaluar y calificar los niveles de dominio sobre los saberes básicos que quien aspira debe conocer. Por su parte, la de competencias funcionales, es para determinar la capacidad de hacer, de ejercer el empleo, que se define con base en el contenido funcional. Esta prueba, permite establecer, además del conocimiento, la relación entre el saber y la capacidad de aplicación de dichos conocimientos.

Su criterio igualitario está dado, en que se aplicará luego de haber citado a **todos los aspirantes admitidos**. Y en el artículo 26, se previó el carácter eliminatorio de esta prueba, en forma clara y contundente, en los siguientes términos: “**para continuar con el proceso** el aspirante debe obtener un puntaje mínimo de ochenta (80) puntos en la prueba de conocimientos”.

Y, en forma armónica, en el artículo 28 y, para un mayor orden, se previó que se expediría una lista definitiva de aspirantes que continuarían en la convocatoria,

luego de la prueba de conocimiento y competencias básicas y funcionales. En el artículo 32, respecto a quienes pasarían a entrevista, consagró en forma perentoria que **“solo podrá presentar la prueba de entrevista..., quien haya pasado la prueba de conocimientos...”**. Y en el artículo 34, al referirse al análisis de la experiencia y formación, se indicó que únicamente se evaluarían **“a quienes hayan pasado la prueba de conocimientos básicos”** (Destacados de la Sala).

Posteriormente, y para la temática que ocupa la atención de la Sala, el artículo 49, sobre la **conformación de la terna**, indicó en forma textual lo siguiente:

*“El Concejo Distrital de Cartagena considerará los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba dentro del total de la convocatoria pública **y conformada la terna con los mejores calificados, en la que al menos uno de sus miembros sea mujer, con la cual se cubrirá la vacante del empleo de contralor Distrital, respetando el principio de equidad de género.**”* (Destacados de la Sala).

Por otra parte, el Concejo, reguló la convocatoria, a tal punto, que en artículo 50, consagró las hipótesis que darían lugar a la modificación de lista de elegibles por parte del Concejo Distrital, a saber: i) por exclusión de participante derivada de error aritmético en la sumatoria de puntajes obtenidos en las distintas pruebas; ii) por las solicitudes de corrección de resultados o de datos y, por reclamaciones presentadas y resueltas con adición de aspirantes o reubicación, cuando se compruebe que hubo error, caso en el cual deberá ubicársele en el puesto que le corresponde y, iii) cuando se compruebe que algún aspirante incurrió en uno o más de los hechos mencionados.

Pues bien, se advierte que en la propia regulación, que ab initio, los requisitos con los que el Concejo Distrital de Cartagena pretendió llegar a la selección del Contralor, dentro de los principios de objetividad, se compuso de los requisitos generales constitucionales y legales, como se lee, en la Convocatoria que se contiene en la Resolución 146 de 2015, cuando en su artículo 5º, dispuso, como requisitos de participación los previstos en el artículo 272 superior, en la Ley 42 de 1993 y en la Ley 136 de 1994 (ser ciudadano colombiano, mayor de 25 años, profesional con título universitario y haber ejercido funciones públicas por un término no inferior a dos años).

Al punto que indicó que a falta de estos requisitos, junto con la inscripción extemporánea o de radicado en lugar diferente al previsto, o el estar incurso en causal de inhabilidad y con la omisión de firma en el formulario de inscripción, entre otros, darían lugar a la inadmisión o exclusión de la convocatoria (art. 6º).

Pero, como se indicó en párrafo anterior, ha de tenerse claro que la posibilidad de modificación de una convocatoria, no puede abarcar aspectos normativos sustanciales y con vocación de permanencia; aunado a que la posibilidad de modificación está en cabeza del Concejo Distrital en pleno, de quien no se observa, haya delegado en su Mesa Directiva tal posibilidad, emergiendo en forma sutil, un



factor de incompetencia que se indica a título de mención, en tanto no constituyó censura en las postulaciones respectivas.

Y es que como ha sucedido con otros eventos de los cuales ha conocido la Sección Quinta, es el Concejo, en su potestad de auto regulación, el que se limita, pues puede basarse tan solo en los requisitos generales -constitucionales y legales- para permitir la selección y escogencia del Contralor de turno, sin que ello constituya un desmedro en los principios que deben regir la convocatoria u optar por una regulación híbrida entre convocatoria con matices de concurso o incluso someter a sus aspirantes a un real concurso. Es por ello, que en otros casos, cuando los demandantes han solicitado que se exija al Concejo, la implementación de factores de calificación, sin que se haya previsto en la convocatoria, la Sala Electoral ha negado las pretensiones de nulidad de la elección. Así las cosas, se presentan eventos, como el que ocupa la atención de la Sala, que en aras de una mayor objetividad y transparencia, determinan factores de selección, que les permite alejarse de aspectos subjetivos, arbitrarios o de conveniencia en la designación del Contralor y que ayudan a sustentarse en el real principio de mérito.

En efecto, el Concejo Distrital de Cartagena optó, por enriquecer la escogencia, mediante convocatoria pública, con altos parámetros objetivos, al destacar dos pilares de la selección, a saber: i) la presentación al Concejo elector de una terna y ii) puntajes eliminatorios y clasificatorios que dieran mayor igualdad a las justas de selección, garantizando así que solo los mejores calificados llegarían a conformar la terna.

La anterior afirmación se evidencia, incluso desde el Acuerdo 20 de 2015 y en la convocatoria 146 de 2015.

En el **Acuerdo 20 de 27 de noviembre de 2015**, el artículo 164, que relaciona en forma directa la conformación de la terna a los resultados de la convocatoria y, al prever las etapas de ésta, determina que la teleología de la convocatoria se centra en la **búsqueda de los mejores calificados**, para que el nominador -Concejo Distrital- discrecionalmente escoja de entre ellos, conforme a la previsión del artículo 165 del mencionado Acuerdo 020. Por su parte, la convocatoria, contenida en la Resolución 146 de 1º de diciembre de 2015, precisó las directrices que tuvo claras y que se habían plasmado en el Acuerdo 020, al consagrar que para lograr tener la aspiración de ser incluido en la terna y tener la opción para ser elegido Contralor, implicaba indefectiblemente, superar las pruebas previstas en la convocatoria, como se lee en sus considerandos, al indicar *“con los resultados de las pruebas y análisis de las hojas de vida, el Concejo elaborará la terna con los mejores calificados...”* y ello se materializa, en el artículo 49, que prevé que el Concejo tendrá en cuenta los resultados publicados debidamente ponderados por el valor de cada prueba, dentro del total de la convocatoria pública y *“conformada una terna con los mejores calificados, en la que al menos uno de sus miembros sea mujer, con la cual se cubrirá la vacante del empleo de Contralor Distrital, respetando el principio de equidad de género”*.

Así las cosas, es claro que además de los requisitos legales y constitucionales, que constituyen la generalidad para toda elección de contralor, el Concejo Distrital de Cartagena, en su capacidad de optar y escoger el método de selección que más se avenga a su labor de nominador del Contralor, nutre la convocatoria pública con los requisitos que considera y quiere se prediquen de quien va a direccionar los destinos fiscales de la entidad territorial.

Por ende, el Concejo, para armonizar e incluso a fin de llenar el vacío de las normas propias y exclusivas para la selección de Contralor, se decantó por la viabilidad de acudir, a más de la regulación general de requisitos para Contralor, por exigir requisitos que consideró acordes a los fines y objetivos misionales de quien ocupara el cargo de Contralor, pero sin entender que haría aplicación supletiva de las normas que son propias de la selección de Personeros, la cual es otra del abanico de opciones posibles.

De lo anterior, la Sección Quinta, advierte, en forma aparejada, la existencia de una normativa general, que incluso es empleada por el Concejo, conforme a las voces de la convocatoria como requisitos de admisibilidad al proceso de selección, mientras que la reglamentación propia y especial, que se compone en forma armónica y coordinada, entre el Acuerdo 20 y la Resolución 146 de 2015, serían el engranaje depurativo de selección, mediante pruebas eliminatorias y clasificatorias.

Por contera, el aspirante a la terna para ser escogido Contralor, dentro de un esquema de normalidad, tan solo debía acreditar los requisitos legales y constitucionales y resultar uno de los mejores calificados, sin importar si era el de mayor puntaje o no. Pues precisamente, dentro de los caracteres diferenciales, entre los concursos de méritos, los concursos de carrera y la selección de Personero, en los que es obligatorio elegir a quien haya obtenido el mayor puntaje, en el caso del Contralor, esa escogencia es discrecional y, en esta oportunidad, del Concejo de Cartagena, determinó que se optara por quienes integraban la terna que para el efecto estaba compuesta por los tres (3) mejores puntajes, sin que al momento de escoger, importara si era el de la más alta calificación o la más baja, entre los mejores calificados, con lo cual se está frente a una convocatoria pública.

Pues bien, un aspecto que ha sido reconocido por todos los sujetos procesales y, claramente lo materializan, las probanzas, es que la elegida **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** nunca superó el puntaje mínimo requerido para estar en la terna, que era a razón de 80 puntos en la prueba de competencias básicas y funcionales, que de por sí, era de carácter eliminatorio, como claramente lo dispusieron los artículos 21 y 26 de la Resolución 146 de 2015.

Toda esta argumentación para apoyar la consideración de que, a diferencia, del planteamiento de la demandada, el acto declaratorio de su elección, sí fue acusado desde la égida del artículo 275 numeral 5º, no por inobservar los requisitos generales de la Constitución o de ley para ocupar el cargo, sino por no superar el marco de legalidad específico dado por la convocatoria, al no lograr el puntaje mínimo requerido en la reglamentación prevista y, que en últimas constituye y hace parte del bloque de legalidad que regentó este proceso electoral. Por otra parte,

la Sala, deja en claro que los actos de trámite que se expiden en una convocatoria sí tienen la entidad para vulnerar el acto de elección y, a diferencia del planteamiento de la demandada, no es necesario escindirlos del acto declaratorio de elección, pues lo indispensable es que interesado logre demostrar que los vicios predicables del acto de trámite, irradian la irregularidad al acto definitivo, en este caso, el acto eleccionario.

Pero, como la pugna entre los sujetos procesales se centra, a más del no logro del puntaje mínimo, en la justificación que se pretende hacer valer y es la necesaria observancia del principio de equidad de género, razón primigenia que dio lugar a que la elegida llegara a la integración de la terna, la Sala pasará al siguiente eje temático.

### **5.3. La interpretación del principio de transparencia, de cara al principio de equidad de género.**

Este derrotero para determinar si en la realidad de los hechos, existía tensión entre el principio de la meritocracia y el principio de equidad de género, que implicara la aplicación prevalente de este último por razones de necesidad y proporcionalidad, como lo planteó el **CONCEJO DISTRITAL** en su apelación y, se entrevé en la argumentación de la impugnación incoada por la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**.

Afirmaron las apelaciones del Corporativo y de la elegida, que la parte actora no citó el principio de transparencia dentro de las censuras de la violación, lo cual no es del todo cierto, por cuanto la carga argumentativa de la demanda giró, en forma principal, en que no era entendible cómo una aspirante que no podía haber continuado el proceso de selección por no haber superado el puntaje mínimo en la prueba eliminatoria, podía haber llegado a conformar la terna de elegibles.

Si bien de la titulación de las postulaciones de la parte actora no se lee en forma expresa el principio de transparencia, lo cierto es que la argumentación sí tiene toda relación con éste, porque precisamente, encontrar que la lista de elegibles se integró con los mejores calificados, pero que uno de ellos, quien de por sí resultó elegido, no había superado los presupuestos de base para integrar la terna de elegibles.

Nada diferente, puede argüirse, en el entendido de que la transparencia como principio, que se interrelaciona en forma muy directa, con el de publicidad, a fin de que la actuación o actividad de que se trate esté a la vista de todos, sin restricciones ni aspectos vedados, a fin de proporcionar al interesado y a la comunidad en general la confianza, en este caso, a un sistema de selección adecuado y sano, que ha sido cuestionado por el fundamento fáctico ya enunciado.

Así que en principio, no se advierte ajeno a la carga argumentativa de la demanda, que la postulación de la parte actora, en forma focalizada, advirtiera -sin mención expresa- un hecho constitutivo de vulneración al principio de transparencia que lo

sorprendió con la inclusión de quien no había superado sobre todo la prueba eliminatoria.

Y es que conforme a los artículos superiores 126 y 272, en esta convocatoria deben garantizarse, entre otros, los principios de transparencia y publicidad, además de la objetividad, participación ciudadana y equidad de género.

Nuevamente se insiste, en que en el caso de Contralores, se está frente a la convocatoria pública, método de selección que no se adecúa al concurso de méritos, pero que se asimila a que se busca la objetividad en la selección de quien va a regir los destinos de la entidad. Esa la razón por la cual, en las demandas contra las elecciones de Contralor que han exigido parámetros objetivos, a semejanza de un concurso, o han pretendido la elección recaiga sobre el aspirante que ha obtenido el mayor puntaje, la posición de la Sala Electoral ha sido denegatoria, apoyada en que al no haber regulación específica o la regulación de ley para la convocatoria pública, como fue el querer del Constituyente Derivado, solamente es exigible que esta, la convocatoria, observe los principios ya tantas veces referidos.

Se reitera, volviendo al análisis que se hiciera en capítulo anterior, si el Concejo o el Corporativo nominador, opta por hacer un híbrido normativo que regente su convocatoria, al mezclar algo de discrecionalidad -en cuanto deja en libertad para escoger entre los ternados- con dispositivos similares a los que se emplean en un concurso de méritos, mediante etapas a surtir por parte de los aspirantes y ponderación y calificaciones de eliminación y de clasificación, éstos deben respetarse, siendo ese el margen que tiene el operador jurídico para analizar el caso que ha sido judicializado.

Pues teniéndose la facultad para regular el procedimiento de selección objetivo, habiendo optado por el que voluntariamente consideró el más adecuado, esa reglamentación, vertida por regla general en el acto que contiene la convocatoria, se convierte en vinculante y de obligatorio cumplimiento, *inter partes*, para los participantes y para el nominador, por eso se le da la connotación de bitácora imperativa y, *erga omnes*, para la información que debe tener la comunidad, en tanto en el caso concreto se trata de la elección del Contralor de la entidad territorial.

Pero si en forma abrupta, el Concejo altera en forma sustancial, su propia convocatoria, es claro que tal modificación va contra los principios de transparencia, objetividad y mérito, sin importar que se haya apoyado en la publicidad, como si fuera patente para validar lo que legalmente no se podía tener por válido.

Esto en realidad es lo acontecido con la selección del cargo de Contralor de Cartagena, pues si bien el Concejo contaba con la discrecionalidad para escoger al elegido dentro de los tres mejores calificados, el matiz objetivo se lo dio la previsión de las pruebas de competencias básicas y funcionales, la valoración de

antecedentes y la entrevista, con características de eliminación, para la primera, y de clasificación, para la segunda y tercera pruebas.

De tal suerte, que los principios que se aplican a la convocatoria, *per se*, no pueden generar por el juez, el requerimiento al órgano elector de prever y adoptar criterios objetivos de calificación, ponderación y puntajes, pero si en su potestad y competencia, así lo reguló la autoridad respectiva, el juez de la nulidad electoral no puede oponerse, pues solo juzga la legalidad del acto electoral.

Superado este tema, corresponde asumir, si en realidad entraron en tensión principios de trascendencia, como el mérito y la equidad de género.

A partir del acervo probatorio, referido con antelación, principalmente de su cronología, encuentra la Sala, que *ab initio* y, en una medida que generaba gran confianza y seguridad jurídica, la elección de Contralor de Cartagena, se vio antecedida de una convocatoria, con matices objetivos a partir de calificaciones y ponderaciones que constituían una gradación hasta llegar al último escalón que era integrar la terna de elegibles y, por supuesto, la elección.

Con gran exactitud y orden, la **Resolución 146 de 2015**, especificó a qué pruebas se refería, cuál era la finalidad de cada una, superada a donde llevaba, siendo entonces un procedimiento reglado y de gran transparencia, que determinó factores numéricos de calificación individual para cada prueba y porcentuales dentro del todo del resultado final, lo cual a juicio de esta Sala, garantizaba, o mejor, evitaba la adopción de una selección arbitraria o permeada de querencias o malquerencias, frente a los aspirantes.

Así que los principios del artículo 272 constitucional estaban garantizados, hasta el momento en que surgió un hecho que varió en forma, por demás inesperada, dos *ítems* de la convocatoria, a saber: que solo 2 de los 52 aspirantes sobrepasaron el puntaje mínimo eliminatorio de 80 puntos en la prueba de competencias básicas y funcionales y que de esos dos aspirantes, ninguno era mujer.

Ello remeció en grado sumo la confianza del Concejo Distrital, en el método que había implementado, pues como se advierte de la cronología de hechos probados, procedió a modificar aspectos sustanciales de la convocatoria, lo que en principio se advertía como seguro por su vocación de permanencia.

En efecto, ello se evidencia del periplo de actos, que una vez estando creado el hecho de que solo dos de los aspirantes, llegarían a la terna de elegibles, buscó fórmulas de arreglo la situación, pero con ello solo logró desdibujar el proceso que en principio se observaba adecuado a los principios constitucionales de la convocatoria pública.

La Sala hace referencia, en primer término a la **Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015**<sup>20</sup> de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Cartagena, en

---

<sup>20</sup> Folios 67 a 74 del cuaderno 5 del expediente del Tribunal.

la que en una decisión sin precedentes, decidió *“Habilitar para continuar con la fase de valoración de antecedentes, los tres primeros puntajes obtenidos en la prueba de conocimientos”*, pero en la realidad probada, ningún inconveniente presentaban los puntajes de la prueba eliminatoria de conocimiento de los señores José David Morales, quien obtuvo 95 puntos, e Iván Sierra Porto, cuya calificación era de 93 puntos. Así las cosas, a quien se *“habilitó”* era a la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, quien no superó esta prueba, pues tan solo obtuvo 70 puntos.

Con ello transgredió el marco de la convocatoria, concretamente a los perentorios artículos 21 y 26, sobre todo este último que frente a la prueba de competencias básicas y funcionales, consagró su carácter eliminatorio, en los términos de: *“para continuar con el proceso el aspirante debe obtener un puntaje mínimo de ochenta (80) puntos en la prueba de conocimientos”*.

Y es que el mismo acto en su motivación, da giros argumentativos sobre la necesidad de acatar otro principio constitucional propio de esta selección como es la equidad de género.

Pero a diferencia de lo que consideró el Concejo Distrital para sustentar la habilitación de la elegida, la equidad de género, en la convocatoria estaba garantizada, a partir de los criterios del mérito objetivo, materializado en las calificaciones de las pruebas, pues sin distingo alguno, diferente a superar la prueba de competencias básicas y funcionales y otras más, los mejores calificados serían los seleccionados para entrar en la recta final del cargo que se ofertó por convocatoria pública en una ciudad capital, nada haría concluir que esta prueba la superaría tan solo el 3.84% de los participantes y que en ese mínimo porcentaje no habría una mujer. Pero ello, no podía dar lugar a que el nominador alterara como lo hizo, la parte sustancial de la convocatoria que ya era vinculante, ni siquiera bajo el derrotero de que el artículo 50 de la Resolución 146 de 2015, permitía modificaciones a la lista de elegibles, pues debe tenerse claro que este evento, era exclusivo para situaciones de: i) error aritmético en la sumatoria de las pruebas; ii) corrección de datos, reclamaciones de adición de personas o de reubicación, cuando se advierta el error y iii) por exclusión. Así las cosas, el no sobrepasar la prueba eliminatoria, no encuadra en ninguno de estos eventos, ni tampoco advierte la Sala que el tema de los puntajes de alguno de los aspirantes haya sido objeto de cuestionamiento.

Tampoco era viable, justificar la habilitación o la inclusión de la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**, bajo los derroteros de la equidad de género, pues en estricto análisis, el Concejo Distrital no lo había vulnerado, no solo porque desde el punto de vista normativo, tanto el **Acuerdo 20 de 27 de noviembre de 2015** como la Convocatoria **146 de 1º de diciembre de 2015**, plasmaron la necesidad de que en la terna de los mejores calificados estuviera una mujer, sino porque era claro que el método de selección objetiva empleado a partir de pruebas de calificación, resultaba más garantista para todos y cada uno de los principios constitucionales que acompañan y rigen la elección de un Contralor, incluida la equidad de género.

El hecho de que no hubiera superado ninguna mujer la prueba eliminatoria ni los restantes hombres -más allá de los 2 que lograron puntaje superior a 80 puntos-, dentro del grupo de 52 aspirantes, no hace pasible de que el ente regulador de la convocatoria, que en últimas termina siendo el corporativo elector, modifique la bitácora regulatoria, adaptándola a los hechos creados que van surgiendo, a medida que se va desarrollando el proceso y mucho menos, cuando ese tipo de modificaciones no se vio posible dentro de la reglamentación general y previa de la convocatoria y que fue socializada a todos los estamentos. Ello conlleva y se traduce en una manipulación, por demás nociva, y termina vulnerando los principios que en un inicio la sustentaron como pilares fundamentales.

Ahora bien, la aplicación de acciones afirmativas, como una forma de garantizar la igualdad material frente a aquellos grupos que son apocados por condiciones que no pueden constituir factores de discriminación, pero es que en el caso que ocupa la atención de la Sala, el mérito permitía evidenciar que la equidad del género estaba más que protegida.

Para entender mejor el principio de la “*equidad de género*” deben precisarse los extremos de cada uno de los elementos que la configuran: Cómo se define cada uno de ellos; cómo el Estado ha conseguido protegerlos a través de la Constitución y la ley, en qué campos opera o debe implementarse y, si, realmente, se ha aplicado como debe ser en los casos concretos.

La equidad es sinónimo de ecuanimidad, justicia, rectitud, equilibrio e igualdad jurídica y social. Estos elementos aparecen en varias de las definiciones que de ésta figura se han dado.

En efecto, la equidad es una cualidad que permite que a cada uno se le de lo que merece, que nos lleva actuar con justicia y con imparcialidad y a tratar a todos por igual respetando y teniendo en cuenta sus diferencias y cualidades. E incluso pone un límite a la rigidez de la leyes, pues llega donde éstas a veces no llegan y permite hacer justicia en casos en que la aplicación rígida de la norma, puede llegar a desconocer algunos derechos.

Todo devenido del principio de la igualdad, consagrado en la Constitución en el artículo 13, que determina que todos los seres humanos somos iguales ante la ley, reconoce la equiparación en los derechos civiles y políticos y expresa que ningún individuo o grupo de individuos debe ser privilegiado ni discriminado en razón de su raza, sexo o género, origen, color, religión u otras características personales o colectivas.

En el otro término de la ecuación, está el “*género*”, que se define como “*una construcción cultural, social y relacional que permite analizar y comprender los caracteres del hombre y la mujer, sus relaciones entre sí y el rol que asumen en la sociedad. Entran también en la definición la consideración de que se trata del conjunto de atributos sociales que le asignan a las personas según su identificación como hombre o*”

mujer”.[[http://alcaldía.iprc.org.co/equidad\\_genero.shtml](http://alcaldía.iprc.org.co/equidad_genero.shtml)  
<http://www.fao.org/docrep/x0220s/x0220s01.htm>]

y

De todo lo anterior, se evidencia la composición del principio de equidad de género, que se conoce como la “*defensa de la igualdad entre el hombre y la mujer en el control y uso de los bienes y servicios de la sociedad. Esto supone abolir la discriminación entre ambos sexos con el fin de que no se privilegie al hombre en ningún aspecto de la vida social.*” [<http://definición.de/equidad-de-genero/>].

Tiene que ver con las oportunidades que en igualdad de condiciones se debe dar al hombre y a la mujer; pero es que no basta con que se otorguen oportunidades sino que es indispensable que se den también, a la mujer, los elementos y la forma de aprovechar esas oportunidades y sobre todo que quien las ofrezca, llámese Estado o particular, tenga conciencia del valor que tiene este principio, especialmente de la proscripción de la discriminación en razón del sexo, que comporta. De no ser así no habrá una verdadera equidad.

Por otra parte, la igualdad del artículo 13, materializada en una de sus aristas como es la equidad de género, se prevé en forma armónica con el artículo 43 constitucional, en los términos: “*La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades*” y que “*La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.*”

Al respecto de lo previsto en esta norma, la Corte Constitucional, en sentencia C-540 de 2008, consideró:

*“(..) En cuanto a la discriminación por razón del sexo. (...) con base en la sola consideración del sexo de una persona no resulta jurídicamente posible coartarla o excluirla del ejercicio de un derecho o negarle el acceso a un beneficio determinado y siempre que esto ocurra sin el respaldo constitucional se incurre en un acto discriminatorio... arbitrario e injustificado [que] vulnera el derecho consagrado en el Art. 13 superior.”.*

Sin embargo, la Corte Constitucional se queja de que, a pesar de haberse consagrado la igualdad formal, “*la sustancial constituye todavía una meta*”, tal como lo “*demuestra la subsistencia de realidades sociales desiguales. (...) No debe olvidarse que, en contacto con la idea de igualdad sustancial, la exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 13 de la Carta, no se detiene en la mera prohibición sino que abarca el propósito constitucional de terminar con la histórica situación de inferioridad padecida por la población femenina; esa decisión autoriza, dentro de un principio de protección, la toma de medidas positivas, dirigidas a corregir las desigualdades de facto, a compensar la relegación sufrida y a promover la igualdad real y efectiva de la mujer en los órdenes económico y social. Las medidas de protección, que implican especiales derogaciones de la igualdad formal, exigen la determinación de aquellos ámbitos especialmente vulnerables en los que deben operar; **así pues, junto con la familia y el Estado, el empleo es uno de los espacios que ofrece más***



**posibilidades para la discriminación por razones de sexo.**” (Negrillas y subrayas de la Sala).

La política pública no ha sido ajena a la situación en Colombia, pues para afrontar y enfrentar el problema de la discriminación de la mujer, se creó el Programa “*Política Pública Nacional de Equidad de Género para Las Mujeres*” y el “*Plan Integral para Garantizar a las Mujeres una Vida Libre de Violencia*”. Estos planes se encuentran consagrados en el Plan de Desarrollo (PND) 2010 – 2014 “*Prosperidad para Todos*” que consagra la obligación de construir una política nacional integral de equidad de género que garantice los derechos de las mujeres y su igualdad.

El CONPES SOCIAL, en materia de equidad de género, indicó textualmente: “*El respeto a la dignidad humana, la igualdad y la no discriminación son principios constitucionales que se garantizan a través del goce efectivo de los derechos de las mujeres. (...) Estudios recientes han demostrado que la igualdad de género trae beneficios sociales y económicos a través del aumento de la productividad y la competitividad del país. Por lo tanto su consecución es fundamental para la construcción de una sociedad más equitativa, incluyente y democrática*” y termina haciendo una serie de recomendaciones al gobierno tendientes a procurar los derechos de las mujeres y de la población urbana y rural, afrocolombiana e indígena.

Sin embargo, debe tenerse presente que en la aplicación de la equidad de género, no deben olvidarse las características de cada género pues, si esto no se tiene en cuenta, se puede llegar a pensar en un caso determinado, que hubo discriminación porque en lugar de emplear a una mujer se empleó a un hombre. Y es claro, que no se viola el principio en cita, si se trata, por ejemplo, de un cargo que se somete a criterios objetivos de igualdad y cuyo propósito es precisamente no incurrir en discriminación o desventajas odiosas, pues el planteamiento filosófico es entender que se está ante situaciones de iguales conocimientos, habilidad, destreza, cuidado, orden, o similares, que conllevan a que no haya discriminación de ninguna clase en la escogencia del ganador.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no se advierte que los criterios de selección objetiva, hayan constituido desfavorecimiento para las mujeres que participaron en la convocatoria pública, que permitiera entender que se apartaba del principio de equidad de género o que no lo hubiera respetado, pues el hecho de que en la terna finalmente no hubiera quedado ninguna mujer, no obedeció sino a un aspecto de no haber superado la prueba eliminatoria de competencias básicas y funcionales. *Mutatis mutandi*, hubiera sido igual de inadecuado que como solo dos personas superaron esta prueba, para completar la terna se hubiera empezado a habilitar a un aspirante específico, siendo que en realidad a la convocatoria pública la regentaron aspectos calificadorios objetivos, que implicaban un trato igualitario.

No se hace ningún favor a la equidad de género, cuando habiendo sometido a todos los aspirantes a condiciones igualitarias absolutamente objetivas, éstas se

desdibujen o se desnaturalizan para dar paso, en lo que llamó una actividad afirmativa, bajo la justificación de aplicar el principio de género referido.

Tampoco se trata como lo alcanza a esbozar el Concejo de Cartagena, de aplicar la máxima de que cuando se presenten entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera la más garantista o la que permita la aplicación, de forma más amplia, del derecho fundamental, pues aunque ello en estricto sentido es la parte dogmática, no se pretende con ésto que se pueda revertir forzosamente, un orden y un trámite vinculante que se consignó en la convocatoria de marras.

No es esta la clase de confianza y seguridad que el Constituyente ha pretendido con las convocatorias públicas en la elección de Contralores, pues ello se evidencia precisamente de la relación de principios con los que se busca blindar la escogencia de la cabeza del ente fiscal local o seccional.

Por otra parte, la variación intempestiva de un ítem de la convocatoria, no es nuevo dentro del planteamiento de las censuras contra los actos de elección derivados de convocatorias públicas. En efecto, en antecedente<sup>21</sup> de 29 de septiembre de 2016, en el caso que anuló la elección del Contralor de Dosquebradas, ante la modificación de la etapa de entrevista, se indicó:

*“(...) de forma sorpresiva y el mismo día en el que culminaba el tiempo que en la convocatoria se denominó como de “Publicidad e información”, el Concejo Municipal expidió la Resolución N° 122 del 7 de diciembre de 2015 a través de la cual se modificó la Resolución N° 102 del 27 de noviembre de 2015.*

*(...)*

*Así pues, se eliminó todo lo referente a las pruebas y en el artículo 12 de la citada resolución se estableció que ‘cada aspirante deberá exponer su plan de acción ante la plenaria del Concejo entrante, en la fecha y hora indicada por la misma, sobre temas relacionados con las funciones del CONTRALOR MUNICIPAL.’*

*Nótese entonces, como el cambio que se hizo en la convocatoria fue fundamental, **ya que no se modificó un aspecto irrelevante o intrascendente sin impacto en el procedimiento de elección, sino que se varió la forma misma de participación del proceso, lo cual ocasionó la vulneración del principio de transparencia, pues aquel no solo comprende que las decisiones de la administración se tomen de manera pública e informada, sino que esas decisiones sean claras y tengan vocación de permanencia, máxime cuando se trata de las reglas con base en las cuales se adelantará un procedimiento electoral.***

---

<sup>21</sup> Radicación 66001-23-33-000-2016-00117-01. Actor: César Augusto Arroyave Gil. Demandado: Henry Rincón Álzate (Contralor del municipio de Dosquebradas - Risaralda). C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Así las cosas, no es viable aceptar la tesis del recurrente, según la cual el principio de transparencia sí se garantizó en el caso concreto, porque todos los asistentes a la sesión conocieron que el demandado obtuvo 10 votos, pues si por ministerio de la ley la autoridad tiene la facultad de regular un procedimiento administrativo de elección, dicha máxima no **solo le impone la obligación de adoptar sus decisiones de manera pública, sino también el deber de respeto e inmutabilidad**, salvo ciertas ocasiones, de las reglas por ella establecidas, so pena de menoscabar la confianza legítima de los participantes.

**Por supuesto, esto no desconoce que hasta que se expida la ley de que tratan las disposiciones constitucionales antes estudiadas, el concejo municipal tiene autonomía e independencia para decidir cómo surte la convocatoria pública para elegir al contralor municipal, de lo que se trata es que si el concejo escoge una forma de elección sujeta a ciertas reglas y especificaciones y las da a conocer a la comunidad no puede, aupado en el margen de discrecionalidad que goza, variar a su arbitrio y antojo dichas normas, pues en virtud del principio de transparencia una vez estas son publicitadas vinculan no solo a los participantes, sino también al concejo municipal y, por contera, su desconocimiento vulnera dicho principio rector.**

Bajo este panorama, para la Sala no cabe duda que el procedimiento electoral adelantado para elegir al Contralor Municipal de Dosquebradas se profirió **transgrediendo el principio constitucional de transparencia, habida cuenta que el concejo modificó la convocatoria pública a su arbitrio, desconociendo que los términos de la misma eran vinculantes no solo para los participantes, sino también para la administración.**" (Destacados fuera de texto).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, ocurrió que en ese ejercicio de la autonomía de que están revestidas sus actuaciones, específicamente en relación con la convocatoria, el Concejo Distrital de Cartagena optó de acuerdo con las consideraciones que expuso en la Resolución N° 146 de 1° de diciembre de 2015, por aplicar el régimen propio que consideró era el adecuado e hizo una mixtura entre el amplio margen de la convocatoria pública, morigerado con ítems de selección objetiva, como tamiz para hallar a los mejores valorados, quienes harían parte de la terna eleccionaria.

Y claro que no se trataba de un concurso de méritos sino de una convocatoria, pero el supuesto yerro que los apelantes (Concejo Distrital y demandada) le endilgan al Tribunal de instancia por no haber diferenciado ambos conceptos, con sus alcances y consecuencias, en nada altera el sustrato de la decisión anulatoria, por cuanto, como está visto, el Concejo Distrital, no podía eludir la conformación de la terna con los mejores calificados, ni la exclusión de quienes no hubieran superado los puntajes mínimos establecidos en la convocatoria.

Este predicamento tiene sustento precisamente en la autonomía con la que actuó el Concejo Municipal al acoger este procedimiento para adelantar la convocatoria pública. Ese entendimiento lo realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2010, en el que si bien se refirió al concurso, en su parte general teórica, arroja gran ilustración, al precisar lo siguiente:

*“Cuando el legislador o la administración- como en este caso -, **en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos** de libre nombramiento y remoción, **tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos**, este es, **el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones**. En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, **la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación**. En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.<sup>22</sup>” (Subrayas y negrillas fuera de texto).*

Y es precisamente lo que ocurrió en este caso, por cuanto, luego de la etapa de admisión que alcanzó la concurrencia de 52 aspirantes de un total de 57 oferentes, se pasaba a las pruebas eliminatoria y clasificatoria, conforme se consagró en los artículos 21 y 26 de la Convocatoria.

Estas directrices sustanciales y con vocación de permanencia, fueron las que abandonó el Concejo Distrital de Cartagena al concretar en cabeza de quien debía recaer la elección, pues pese a la existencia de normas tan perentorias de eliminación como era la calificación por debajo de 80 puntos, ingresó a la terna a quien no alcanzó ese puntaje y, con todo, procedió a elegir en calidad de Contralora de Cartagena, según consta en el acta de 21 de febrero de 2017, a **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, quien no había superado la etapa eliminatoria.

En consecuencia, no encuentra la Sala que la justificación de aplicar el principio de equidad de género, mal empleado por cierto como ya se explicó anteladamente, sea de recibo, pues se *itera*, por la forma como se consagró la convocatoria y se iba desarrollando el proceso, los principios de mérito y de equidad de género, nunca estuvieron en tensión, pues tan solo a partir del hecho creado intempestivo de que solo dos personas superaron la prueba eliminatoria, el Concejo Distrital, en forma disconforme a derecho, varió toda la convocatoria, precisamente, en uno de sus últimos momentos: la conformación de la terna, con la importante consecuencia generadora de la nulidad de la elección.

#### **5.4. Las decisiones de los jueces de amparo como justificación a la actuación desplegada por el Concejo Distrital en la elección de la Contralora.**

---

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia del 17 de marzo de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Ahora bien, la Sala no desconoce, otro aspecto, que junto con la equidad de género, deambulaba como factor de justificación a las decisiones que terminaron alterando el marco regulador de la convocatoria para la elección del Contralor del Distrito de Cartagena, alude la Sala a las decisiones provenientes de los jueces de tutela que ordenaron incluir en la terna a la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**.

Como se evidencia del capítulo de la cronología de lo probado, hubo injerencia de los jueces de tutela, ante la demanda que presentaran quienes lograron superar la prueba eliminatoria y se perfilaban como seguros integrantes de la terna eleccionaria.

Vistas las decisiones adoptadas y sus consideraciones, se advierte que los jueces del amparo no abordaron el tema central de por qué la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ** continuaba en el proceso de selección y había logrado llegar a la etapa propiamente de elección, sin haber superado el puntaje mínimo de la prueba eliminatoria, que en condiciones normales, dio al traste con la aspiración de los otros 49 aspirantes, dentro del total de 52 que presentaron la prueba de competencias básicas y funcionales.

Ha de recordarse que la *ratio* del amparo giró en forma inmediata sobre la incompetencia del Concejo Distrital saliente que finiquitaba su período el 31 de diciembre de 2015, no siendo posible que asumiera la etapa de entrevista, ni la conformación de la terna y menos el acto de elección, pues de acuerdo con el inicio del período de los integrantes del nuevo Corporativo a partir del 1º de enero de 2016, entrarían en funcionamiento.

Y es claro, para la Sala Electoral, que razón normativa y jurídica les asistió, pues al ser cargos de elección popular con período fijo y determinado, inician y cesan en sus funciones en forma inmediata al vencimiento del plazo constitucional o legal que para tal efecto se ha previsto, sin que pueda hablarse de una especie de “*ultractividad*” de competencias o funciones.

De tal suerte, que al apoyar la *ratio* en la incompetencia, uno de los vicios estructurales y de mayor importancia que afectan al acto electoral -entendido en sentido amplio- los operadores de tutela no abordarían, bajo la égida de la violación del derecho fundamental del debido proceso, otra clase de análisis, en tanto la competencia es punto base precisamente de ese derecho fundamental.

Ello es tan cierto, que dicente resulta, la consideración realizada por el operador *ad quem* de tutela que recayó en el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Funciones de Conocimiento, que en fallo de 31 de marzo de 2016, indicó frente a los reparos de la conformación de la lista de donde se escogió a la actual contralora, que la tutela no es el medio idóneo para ventilar dicha cuestión, pues ello debe ser dilucidado ante los jueces naturales, esto es, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dentro de las acciones ordinarias.

Lo cierto es que el juez del amparo, debido a que su decisión se apoyó en la incompetencia del órgano elector, no iba a asumir análisis diferente que le llevara

a auscultar lo acontecido con la no superación de la prueba eliminatoria por parte de uno de los aspirantes que seguía en el proceso y, por ende, su orden de llamar a entrevista a la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**, al retrotraer el trámite, al momento en que se materializó el vicio que encontró probado, se advierte circunscrita y en relación directa con la mentada incompetencia, mas no con ningún otro yerro.

Y es que la llamada “*habilitación*” de la señora **FONTALVO HERNÁNDEZ**, que el Concejo implementara para que continuara en la selección, antecedió en el tiempo a la situación de incompetencia, como claramente lo arroja la Resolución 170 de 2015, aditada el 22 de diciembre de 2015, incluso cuando aún el Concejo saliente era competente, pues no se había finiquitado su período.

Así las cosas, no fue la orden de tutela la que coartó el ejercicio eleccionario del Concejo Distrital que entró en funciones en enero de 2016, pues la decisión de amparo no abarcó el tema de la prueba no superada por parte de la entonces aspirante al cargo ni tampoco había obstáculo para que dentro de la discrecionalidad, matizada con la exigencia de la prueba eliminatoria, se percatara de la alteración indebida de la convocatoria, que llevó a permitir la continuidad de la elegida en el proceso de selección, sin haber superado la prueba eliminatoria, llegar a la terna eleccionaria y, peor aún, resultar electa Contralora Distrital.

Por contera, no advierte la Sala Electoral que la decisión de tutela pueda ser de recibo para validar la elección demandada, bajo el derrotero de una causal de justificación, a la cual se vio impelido el Concejo Distrital sin opción diferente.

Todas las anteriores circunstancias, demuestran que en este caso, la elección acusada desconoció las reglas fijadas en la convocatoria (Resolución N° 146 de 1° de diciembre de 2015), por cuanto excluyó, de una parte, la norma que indicaba que quien no superara la prueba eliminatoria ni continuaría en el proceso y, menos, podría haber terminado siendo elegida, por cuanto la ponderación y calificaciones obtenidas eran requisito *sine qua non* para poder ser elegido.

Aunque la defensa, en la apelación, de cara a la legalidad del acto de elección se centra en señalar el contenido del concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, lo relevante en este caso, es que precisamente, el Concejo Distrital de Cartagena, en ejercicio de su autonomía, fijó las reglas de configuración de la convocatoria, en la que conforme se registró, optaron por condicionar su desarrollo aspectos objetivos a similitud de un concurso y, en ese orden de ideas, era mandatorio que al elegir conforme lo dispone el artículo 49, en armonía con los artículos 26 y 21 de la convocatoria, la elección debía recaer en la terna, en el entendido que para resultar favorecido como candidato ternado, debía superar el mínimo puntaje prestablecido, que no era otro, que lograr 80 puntos o más de calificación.

Estas disposiciones constituyen normas del reglamento del proceso de elección, de las que se infiere sin duda alguna, que el criterio fijado por esa corporación pública, fue el de elegir de los tres más altos puntajes obtenidos por los participantes, producto del resultado consolidado de las calificaciones obtenidas y

cuya depuración estaba sustentada en la prueba eliminatoria, que la elegida no superó. Darle otro entendimiento sería descalificar las etapas que se orientaron a filtrar, según las pautas socializadas y vinculantes, a los candidatos con el fin de valorar su idoneidad y mérito.

Para esta Sala Electoral es evidente, que dentro del proceso de elección de la Contralora de Cartagena, sí se establecieron pautas diferenciales para valorar objetivamente las capacidades de cada uno de los aspirantes, lo que permite inferir el cumplimiento del principio constitucional del mérito, previsto desde el inicio del proceso y, que permitió entender que todos y cada uno de los aspirantes irían en pie de igualdad, sin distinción de raza, sexo o condición, solo sometidos a superar unas pruebas, pues fue el querer del Concejo Distrital, con lo cual estaba garantizado *ab initio*, la protección del género.

Así las cosas, tampoco resulta de recibo como justificación del actuar del Concejo elector, la disertación de que los jueces de tutela fueron quienes le impusieron mantener en la terna a la elegida, pues se recaba en que los operadores del amparo no asumieron el asunto desde la perspectiva de la prueba eliminatoria no superada.

#### **5.5. La nulidad electoral no es un juicio para reconocer, declarar o definir derechos adquiridos.**

Planteado como segundo problema jurídico, deviene de la apelación parcial de la parte actora, en defensa de lo que consideró el derecho adquirido del elegible **IVÁN SIERRA PORTO** y, que en últimas pretende, hubiera sido una resolutive consecencial a la nulidad de la elección de la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, como Contralora del Distrito de Cartagena.

Lo primero que advierte la Sala es que en la literalidad de las solicitudes de la apelación, en los términos de: “(...) *en consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto acusado, ordenar al Concejo Distrital de realizar la elección del Contralor de ese Distrito, teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles conformada para el efecto, según el artículo 18 de la Resolución 044 de 2015, esto es en la persona que ocupó el mayor de los puntajes, así sucesivamente.*” (Véase folio 1.146 del cuaderno 6 del expediente del Tribunal), la Sala no encuentra que dentro del proceso exista la mencionada Resolución que se subraya y, menos que la convocatoria 146 de 2015, haya exigido que es elija a la persona de mayor puntaje, lo que en principio y *a priori*, permitiría a la Sala, desestimar la apelación de la parte actora.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala considera que los derechos adquiridos, como bien lo define su concepto son aquellos que son parte del patrimonio de la persona y que implican una protección reforzada para evitar que sean desconocidos y dentro de los cuales se encuentran las situaciones subjetivas e individuales consolidadas.

Pero el pronunciamiento de la nulidad electoral no tiene por objeto el definir derechos subjetivos ni reconocer situaciones jurídicas individuales consolidadas, en tanto la teleología del citado medio de control, es el estudio de la legalidad objetiva del acto electoral, con fundamento en las causales generales del artículo 137 del CPACA que afectan al acto administrativo o, en las específicas, que prevé el artículo 275 ibidem, como causales de nulidad del acto electoral.

Y es que la diferenciación entre el factor del juicio particular y concreto con el objetivo de legalidad, han permitido a la Sala Electoral, diferenciar aspectos como cuando se está frente a la nulidad electoral o a un asunto de nulidad y restablecimiento del derecho, o de un asunto electoral a un asunto laboral que, claro está, conlleva el resarcimiento del interés particular<sup>23</sup>.

Así las cosas, el juez de la nulidad electoral solo tiene dentro de su margen competencial la posibilidad de juzgar la legalidad del acto electoral -entendido en sentido amplio-, desde un análisis objetivo de la normativa, siéndole ajeno adoptar decisiones sobre derechos “*adquiridos*” o situaciones jurídicas consolidadas, pues eso lo llevaría a desconocer la naturaleza del medio de control de nulidad electoral, en el que incluso, solo se le permite a consecuencia de la declaratoria de nulidad, para el caso de elecciones por voto popular, realizar el escrutinio -en determinados casos- y cancelar o bien expedir las credenciales.

Por eso en forma unívoca, la jurisprudencia electoral, dentro de sus competencias y declarada la nulidad en los casos de convocatorias públicas, lo máximo que en algunos casos puede hacer es dar la directriz de dónde debe rehacerse el trámite sin convertirse en un co-administrador de la convocatoria ni de la designación que en sus potestades tiene a cargo el Concejo o la Corporación electoral de que se trate, en este caso, el Concejo Distrital de Cartagena.

Por contera, no encuentra la Sala de recibo el argumento de apelación de la parte demandante, se itera, por ser ajeno a las decisiones pasibles de adoptar en el medio de control de nulidad electoral.

Finalmente, luego de revisado tanto el acervo probatorio como las argumentaciones planteadas por las partes, de cara al acto declaratorio de elección y a todos aquellos actos preparatorios dentro del periplo de la selección objetiva, la Sala considera que el trámite desplegado por el Concejo Distrital de

---

<sup>23</sup> Auto de 9 de marzo de 2017. Exp. 11001032400020160048000. Actor: Germán Calderón España. Demandado: Consejo Superior de la Judicatura. C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Auto Sección Segunda, Subsección B, de 9 de junio de 2015. Exp. 19001-23-33-000-2012-00720-01(0061-14). Actor: Dubán Ely Quintero Muñoz. Demandado: Municipio de Popayán - Hospital Universitario de San José - E.S.E. Popayán - Universidad Nacional de Colombia. C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve. Sección Quinta: auto de 9 de noviembre de 2010, Exp. 05001-23-31-000-2007-00437-02, Actor: Flor de María Ruiz Marulanda, Demandado: Araminta Correa Bedoya y auto de de 9 de mayo de 2012. Exp. 25000-23-24-000-2012-00242-01. Actor: José Leonardo Bueno Ramírez. Demandado: Personero del Municipio de Chía, ambos con ponencia del Dr. Alberto Yepes Barreiro y auto de 9 de marzo de 2012. Exp. 68001-23-15-000-2011-00717-01. Actor: Laura Teresa Arenas Santamaría. Demandado: Candidato a la Alcaldía del Municipio de Bucaramanga. C.P. Dr. Mauricio Torres Cuervo.



Cartagena **debe rehacerse** desde la convocatoria misma debido a los vicios que lo acompañaron.

## **6. CONCLUSIONES**

Bajo dichas consideraciones, teniendo en cuenta que los apelantes, de cara a sus propias disertaciones, no lograron desvirtuar la decisión anulatoria recurrida -en el caso del Concejo Distrital ni de la demandada-, ni obtener la modificación del numeral 2º de la parte resolutive, con el cual el demandante pretendía el reconocimiento de un derecho adquirido a favor de uno de los aspirantes, para la Sección Quinta se impone confirmar la decisión de su *a quo*, vertida en la sentencia de 12 de junio de 2017 del Tribunal Administrativo de Bolívar.

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

### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de 12 de junio de 2017, dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

**SEGUNDO:** Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

### **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Presidente

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Consejera de Estado

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Consejera de Estado

**ALBERTO YEPES BARREIRO**  
**Consejero de Estado**