

CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Elección / CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Vicios en el procedimiento surtido en el Congreso por citación por fuera del término estipulado en la ley / CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Votación no secreta / CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA - Ausencia del requisito de desempeño de cargos públicos por cinco años

La Sala de Sección, después de analizar los cargos de la demanda de la referencia puede señalar lo siguiente: **1.** La antelación con la que un órgano de elección popular debe citar a sus miembros para ejercer la función electoral asignada por la Constitución o la ley, sólo comporta la nulidad de la elección que se llegue a verificar si se comprueba que se desconoció la finalidad de dicho aviso previo, que es, entre otros, la deliberación, la reflexión y la toma de decisión por parte de las distintas fuerzas representadas en aquél. **2.** El voto secreto para el ejercicio de la función electoral en los órganos de representación popular, a partir de la Ley de Bancadas, debe reinterpretarse y adecuarse a ella. **3.** Para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República, el requisito de ejercicio de función pública por un término no inferior a 5 años, que exige la Ley 42 de 1993 se puede comprobar con el desempeño de un cargo o empleo público o por el desarrollo de actividades que comporten el ejercicio de función pública, en los términos de los artículos 116, 123 y 210 de la Constitución. Las entidades que postulan y eligen deben ser muy cuidadosas al momento de analizar el cumplimiento de este requisito, pues no todas las actividades *per se* implican el ejercicio de aquella.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., cinco (5) de junio de dos mil doce (2012)

Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00115-00

Actor: DIEGO ARMANDO CARVAJAL BRIÑEZ

Demandado: CONTRALORA GENERAL DE LA REPUBLICA

Surtido el trámite legal correspondiente, la Sala se dispone a proferir sentencia dentro del proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1.1. Aceptación de impedimentos y designación de conjuces

- Por auto de 17 de febrero de 2011, la Sección Primera aceptó los impedimentos manifestados por los consejeros María Nohemí Hernández Pinzón, Susana Buitrago Valencia, Filemón Jiménez Ochoa y Mauricio Torres Cuervo, integrantes de la Sección Quinta de esta Corporación, dentro de la acción de nulidad de la referencia. La razón esgrimida por los consejeros de Estado para declararse impedidos, consistió en que habían participado en la conformación de la terna de candidatos a Contralor General de la República de la que resultó elegida la demandada en la acción de nulidad de la referencia, doctora Sandra Morelli Rico.
- Por auto de 15 de marzo de 2011 se ordenó el sorteo de conjueces para integrar la Sala que conocería del asunto de la referencia y mediante audiencia pública celebrada el 24 de marzo siguiente, se sortearon los nombres de los doctores Gilberto Orozco Orozco; Alvaro Meneses Mena; Antonio José Lizarazo Ocampo y, como Conjuez Ponente, el doctor Carlos Enrique Marín Vélez.
- El 7 de junio de 2010 se produjo la posesión del doctor Alberto Yepes Barreiro como Consejero de la Sección Quinta, en reemplazo del doctor Filemón Jiménez Ochoa, razón por la cual, el Conjuez Ponente, doctor Carlos Enrique Marín Vélez, por auto de 30 de agosto de 2011 y en aplicación del artículo 17 del Decreto 1265 de 1970, remitió el expediente al Despacho del Consejero, por cuanto dicho precepto señala que “[...] *si se modifica el personal de la sala, los nuevos Magistrados desplazarán a los conjueces*”. En consecuencia, se ordenó al doctor Yepes Barreiro asumir como ponente.
- Por auto de 12 de septiembre de 2011, el doctor Alberto Yepes Barreiro además de avocar el conocimiento del asunto de la referencia, ordenó adelantar un nuevo sorteo de conjueces con el fin de determinar cuál de los nombrados el 24 de marzo de ese año sería relevado del conocimiento del presente asunto.
- El sesión de 21 de septiembre, por sorteo, el doctor Alvaro Meneses Mena fue desplazado del conocimiento del asunto de la referencia.

1.2. Demanda

1.2.1. Pretensiones

El demandante, en ejercicio de la acción electoral, solicitó la declaratoria de nulidad del acto de elección de la Contralora General de la República para el período 2010-2014, Sandra Morelli Rico, contenido en el acta de sesión plenaria del Congreso de la República de fecha 19 de agosto de 2010¹.

De igual manera, solicitó oficiar al Congreso de la República para que ordenara la recomposición de la terna para designar el reemplazo de la Contralora General de la República.

1.2.2. Hechos

Como fundamento de las pretensiones, el actor relata, en resumen, los hechos que se sintetizan a continuación:

1.2.2.1. Surtida la convocatoria para seleccionar a los candidatos al cargo de Contralor General de la República por parte de las Altas Cortes e integrar la terna que exige el artículo 267 de la Constitución Política, el Consejo de Estado postuló a la doctora Sandra Morelli Rico, la Corte Constitucional al doctor Alberto Rojas Ríos y la Corte Suprema de Justicia al doctor Hernán Alonso Mazo Giraldo.

1.2.2.2. El Congreso de la República en pleno, en sesión del 19 de agosto de 2010, eligió a la doctora Sandra Morelli Rico como Contralora General de la República para el período constitucional 2010-2014.

1.2.3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor considera que el acto, por medio del cual la plenaria del Congreso de la República eligió a la señora Contralora General de la República, desconoció los artículos 21 y 131 de la Ley 5ª de 1992, así como el artículo 59 de la Ley 42 de 1993.

¹ El acto demandado fue debidamente publicado en la Gaceta del Congreso de la República N° 674 de 21 de septiembre de 2010, y sus copias auténticas obran en el expediente a folios 84 a 131.

Los cargos de nulidad planteados en la demanda se relacionan con los siguientes aspectos:

1.2.3.1. Vicios en el procedimiento surtido en el Congreso de la República

1.2.3.1.1. Citación por fuera del término estipulado en la ley

El demandante señala que el trámite surtido en el Congreso, en relación con la citación del Presidente del Congreso de la República a los Senadores y Representantes a la Cámara para efectuar la elección de la Contralora General de la República, contravino lo preceptuado en la Ley 5ª de 1992, artículo 21 según el cual “[e]l Presidente del Congreso citará, en forma personal y por escrito, con ocho (8) días de anticipación, a los Senadores y Representantes a una reunión especial del Congreso pleno, con el solo fin de proceder a la elección de que se trate”.

Afirma el accionante que la convocatoria para la elección de Contralor 2010-2014, en desconocimiento de la disposición señalada, “se hizo de un día para otro, lo cual trascendió como la grosera vulneración de una garantía democrática, esencial en el debido proceso que requiere el trámite de elección de Contralor General de la República”.

1.2.3.1.2. Votación no secreta

El ciudadano Carvajal Bríñez señala que en la elección de Contralor General de la República, que ahora se cuestiona, se utilizó el mecanismo de marcar las papeletas por colores, según el partido o grupo político al que perteneciera el congresista, lo que implicó una violación del artículo 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992 que dispone:

“Votación secreta. No permite identificar la forma como vota el Congresista. Las rectificaciones solo serán procedentes cuando el número de votos recogidos no sea igual al de los votantes. Esta votación solo se presentará en los siguientes eventos:

a) Cuando se deba hacer una elección (...)”

1.2.3.1.3. Ausencia del requisito de desempeño de “cargos públicos” por cinco años

Según el actor, la doctora Sandra Morelli Rico no cumple el requisito establecido en el artículo 59 de la Ley 42 de 1993 relativo a “*haber ejercido funciones públicas por un período no menor de cinco años*”. A su juicio, la señora Contralora acreditó desempeñó como asesora en el sector de los servicios públicos, pero no acreditó haber fungido como servidora pública.

Con fundamento en los cargos antes expuestos, concluye que la elección de la Contralora General de la República está viciada de nulidad, por violación de la ley tanto procedimental como sustantiva.

1.3. Coadyuvancia

1.3.1. En escrito presentado el 9 de junio de 2011 ante la Secretaría de la Sección Quinta de esta Corporación, el ciudadano Camilo Rojas Macías coadyuvó la demanda contra el acto de elección de la Contralora General de la República para el período 2010-2014, Sandra Morelli Rico. Esta intervención se puede resumir así:

1.3.1.1. La doctora Morelli Rico no logró acreditar uno de los requisitos que exige el artículo 59 de la Ley 42 de 1993 para desempeñar el cargo de Contralor General de la República, consistente en haber ejercido funciones públicas por un período no menor de cinco años. Considera que dicho requisito no se vio satisfecho con la certificación del desempeño del cargo como Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros ni tampoco mediante aquella que señala que hacía parte de la lista oficial de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá desde el año 2000. En cuanto a la primera, afirmó que la Federación Nacional de Cafeteros es una entidad gremial de derecho privado en el que el director jurídico no desempeña función pública. Señala, asimismo, que la certificación según la cual la señora Morelli Rico hacía parte de la lista de árbitros del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá desde el año 2000 y los tribunales en los que participó tampoco le permitieron acreditar el requisito exigido, pues en ella no especificó el tiempo efectivo en que se ejerció esa actividad, por lo que no se demostró el lapso de cinco (5) años que determina la ley.

- 1.3.1.2. Adicionalmente, señaló que se desconoció el debido proceso, comoquiera que la certificación relativa a la pertenencia de la ciudadana Morelli Rico a la lista de árbitros, expedida por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá es de fecha 12 de agosto de 2010, mientras que su elección como candidata por parte del Consejo de Estado tuvo lugar en el mes de mayo anterior. Así, pues, se habría allegado dicha certificación mucho tiempo después de la presentación de su hoja de vida ante el Congreso de la República, con miras a subsanar las deficiencias que ésta presentaba en relación con los requisitos exigidos, lo cual, en opinión del señor Rojas Macías, contravino los mandatos constitucionales y legales que rigen la materia. Subraya que lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que la Comisión de Acreditación del Congreso de la República determinó que la ciudadana Morelli Rico cumplía las exigencias para postularse como Contralora General de la República, con fundamento en dicho certificado.
- 1.3.1.3. Finalmente, el coadyuvante alegó que la ciudadana Morelli Rico estaba incurso en una inhabilidad, de conformidad con el artículo 267, numeral 8° de la Constitución Política, por ser conjuer del Tribunal Administrativo de Cundinamarca desde el 22 de febrero de 2010 y haber ocupado dicho cargo hasta el 30 de agosto del mismo año, fecha en la que se aceptó su renuncia.
- 1.3.2. Mediante auto de 29 de junio de 2011, el Conjuer Ponente dispuso tener como coadyuvante al ciudadano Camilo Rojas Macías, pero no decretó las pruebas solicitadas por él, por cuanto la finalidad de la figura del coadyuvante no es *“colaborar con las declaraciones suplicadas por el actor, sin que le sea consentido deprecar pruebas diferentes a las pedidas en la acción que ampara y sin que le sea admitido variar las pretensiones”*.
- 1.3.3. El ciudadano Rojas Macías interpuso el recurso de súplica contra el auto referido, al considerar que sí contaba con la posibilidad de aportar y solicitar pruebas, contrario a lo expuesto por el Conjuer Ponente.

1.3.4. La Sala de Conjuces confirmó el auto cuestionado y declaró que el coadyuvante no podía ni aportar ni solicitar pruebas tendentes a demostrar un hecho no mencionado por el actor. En el caso de la referencia, el que sustentaba la supuesta inhabilidad en la que habría estado incurso la actual Contralora General de la República cuando fue electa. La Sala consideró que se trataba de un nuevo cargo y que tal planteamiento desbordaba el alcance procesal de la demanda.

1.4. Contestación de la demanda

1.4.1. Contralora General de la República

Dentro del término de fijación del proceso en lista, la ciudadana Sandra Morelli Rico, en su calidad de Contralora General de la República, y por intermedio de apoderada judicial, solicitó denegar los cargos con fundamento en los argumentos que pasan a exponerse.

1.4.1.1. En relación con la citación efectuada por el Presidente del Congreso para llevar a cabo la elección de Contralor General de la República, período 2010- 2014, señaló que el incumplimiento del término legal no puede generar la nulidad del acto de elección porque *“se trata de situaciones o actuaciones que no comportan trascendencia para la decisión final, en cuanto no afectan de manera determinante el resultado”*, como expresamente lo ha dispuesto la jurisprudencia constante de esta Sección, que es citada ampliamente por la defensa.

Con fundamento en lo anterior, afirmó que, en el caso en estudio, la citación por fuera de los plazos legales a los Senadores y Representantes de la Cámara para la elección de Contralor General de la República, que tuvo lugar el 19 de agosto de 2010, cumplió la finalidad establecida en el precepto omitido, razón por la que no puede declararse la nulidad.

Para la apoderada de la parte demandada, el sentido del artículo 21 de la Ley 5ª de 1992, al consagrar el deber del Presidente del Congreso de efectuar la convocatoria anticipada de Senadores y Representantes a la Cámara para la elección del Contralor General de la República en sesión plenaria, es, esencialmente, posibilitar el ejercicio y garantizar el derecho a elegir de los congresistas. De esta manera, tal convocatoria busca que todos los congresistas se presenten y puedan participar de

la votación que se adelante, y, a su vez, conozcan con anticipación los nombres de los candidatos postulados para el cargo, lo que, en su criterio, se cumplió en el caso de la elección que se adelantó el 19 de agosto de 2010, comoquiera que hubo una asistencia integral de los miembros de una y otra cámara, quienes acudieron suficientemente informados respecto de los aspirantes y sus hojas de vida². En consecuencia, el vicio de trámite alegado en el primer cargo de la demanda no tuvo la suficiente entidad para invalidar la elección, pues se garantizó el derecho de los Congresistas a elegir.

1.4.1.2. Respecto del segundo cargo, según el cual, en el trámite de elección de la actual Contralora General de la República se contravino el mandato contenido en el artículo 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992, porque las papeletas repartidas a los congresistas tenían diferentes colores de acuerdo con el partido o movimiento político al que cada uno de ellos pertenecía, señaló que de conformidad con el régimen de bancadas establecido en el Acto Legislativo N° 1 de 2003 y desarrollado en la Ley 974 de 2005, las decisiones de las corporaciones públicas, con exclusión de aquellos asuntos de conciencia, imponen la exposición pública de posiciones, argumentos y votaciones, lo cual constituye la única manera de constatar la actuación de sus miembros conforme a los lineamientos del partido o grupo político. Concluye, entonces, que la única excepción al voto público la constituyen los asuntos de conciencia.

Por tanto, señala que, por virtud del régimen de bancadas, cada uno de los congresistas se acogió a la decisión adoptada democráticamente en su partido o movimiento político, hecho que hacía inocuo cuestionar si las papeletas fueron marcadas o no, pues el sentido en que serían depositados los votos de sus miembros había sido previamente puesto en conocimiento de los demás integrantes de la Corporación.

1.4.1.3. Finalmente, en relación con el cargo, según el cual la ciudadana Sandra Morelli Rico no cumplía el requisito establecido en el artículo 59 de la Ley 42 de 1993, relativo al ejercicio de funciones públicas por un período no menor de cinco años, para acceder al cargo de Contralora General de la República, su apoderada judicial expuso, 'por una parte, la indebida

² La parte demandada expone detalladamente apartes de las intervenciones de los voceros de los diferentes partidos y movimientos políticos, por medio de los cuales ilustra la decisión de cada uno de ellos, lo cual, en su opinión, evidencia que contaban con suficiente información y elementos de juicio para definir por quién votaría su bancada.

interpretación de la disposición que se dice desconocida, pues el legislador exigió el desempeño de funciones públicas en un período y no el ejercicio de cargos públicos.

Así pues, considera que no hay duda sobre el cumplimiento de requisitos de su podernante, como lo señaló la Comisión de Acreditación Documental del Congreso de la República. Finalmente hace una enumeración de las funciones públicas que aquella desempeñó antes de su postulación.

- Arbitro en más de diez tribunales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Directora de la División Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros del 1 de diciembre de 1998 al 31 de enero de 2008.
- Integrante de la Comisión Nacional de Doctorado y Maestría Pública entre enero de 1994 y diciembre de 1998.

La parte demandada hizo énfasis en que el ejercicio como árbitro en derecho de la ciudadana Morelli Rico en tribunales nacionales e internacionales sería suficiente para considerar satisfecho el requisito señalado, pues el mismo implica el desarrollo de la función jurisdiccional del Estado a cargo de particulares, tal y como lo establece la propia Constitución Política en su artículo 116 y como lo ha desarrollado la Corte Constitucional en la jurisprudencia sobre el tema. Adicional a lo anterior, destaca que la labor de árbitro es permanente dentro del límite temporal del proceso y se desarrolla durante todo ese tiempo, de manera que no puede entenderse que se circunscribe exclusivamente a la audiencia, pues el árbitro conserva su investidura de director del proceso durante el límite temporal determinado por las partes, el cual se corresponde con la duración del mismo.

Consideraciones similares se hacen frente al cargo de Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros, en la medida en que él comportó el ejercicio de funciones públicas.

Finalmente, manifiesta que las mismas consideraciones son aplicables a las actividades desempeñadas por la señora Contralora en la Comisión Nacional de Doctorado y Maestría Pública.

1.4.2. Congreso de la República

Por su parte, el Representante Legal del Congreso de la República, actuando por intermedio de apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda. Para fundamentar su petición, expuso los siguientes argumentos:

- 1.4.2.1. La irregularidad configurada por no adelantar la convocatoria para la elección con la antelación prevista en la Ley 5ª de 1992, artículo 21, no ocurrió por capricho o desconocimiento de las directivas del Congreso, sino por la demora de la Corte Suprema de Justicia para elegir a su candidato y comunicar su nombre. Esa circunstancia, aunada a la inminencia del vencimiento del término previsto en la norma superior, artículo 267 de la Constitución, que ordena la elección del Contralor General de la República por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones, forzó la convocatoria inmediata para que fuera posible llevarla a cabo un día antes del vencimiento del plazo constitucional, prevalente sobre el legal.
- 1.4.2.2. En relación con el cargo referente a la violación de la votación secreta, el apoderado del Congreso de la República explicó que después de debatido el tema en la sesión del 19 de agosto de 2010, los parlamentarios decidieron inaplicar tal disposición, con fundamento en el artículo 3º de la Ley 974 de 2005, así como en el precedente sentado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el caso de la elección del Secretario de la Comisión Primera Constitucional de la Cámara de Representantes. De acuerdo con dicha decisión, se permitió que cada bancada anunciara el apoyo al candidato elegido y que se marcaran las tarjetas, pues carecía de todo sustento el voto secreto posterior.
- 1.4.2.3. Para terminar, el apoderado del Congreso de la República dejó sentado su desacuerdo frente cargo relativo al supuesto incumplimiento por parte de la funcionaria electa, del requisito de haber desempeñado funciones públicas por un período mínimo de cinco años. Sobre este punto, el apoderado expresó que la postulada acompañó prueba de haber desempeñado la función jurisdiccional en calidad de árbitro durante el período comprendido entre los años 2000 y 2010. Luego, si es admisible

que el particular pueda cumplir la función de administrar justicia como árbitro, ninguna duda existe sobre el cumplimiento de requisitos por parte de la ciudadana Sandra Morelli Rico.

1.5. Alegatos de conclusión

Por auto de 30 de septiembre de 2011, el Magistrado Ponente ordenó correr traslado a las partes, para que allegaran los alegatos de conclusión.

1.5.1. De la parte demandante

El ciudadano Diego Armando Carvajal Bríñez reiteró la misma línea argumentativa expuesta en el escrito de demanda, así:

- 1.5.1.1. Reforzó el argumento según el cual, la Contralora General de la República no podía cumplir el requisito de haber desempeñado funciones públicas por un tiempo mínimo de cinco años, por el solo hecho de haber sido Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros, pues, en su opinión, en dicha agremiación sólo los particulares que tienen a su cargo labores de administración del Fondo Nacional del Café desempeñan funciones públicas, tarea ésta que no corresponde a la Dirección Jurídica, sino al Gerente General o a los gerentes auxiliares de la Federación. Tampoco, agrega el accionante, el cargo desempeñado por la señora Morelli Rico pertenecía al Comité Nacional de Cafeteros, órgano de dirección para el manejo del Fondo Nacional del Café.
- 1.5.1.2. En relación con el incumplimiento del plazo estipulado en la Ley 5ª de 1992 para llevar a cabo la citación a la sesión plenaria de elección del Contralor General de la República, el actor considera que el Presidente del Congreso no argumentó suficientemente las razones de inaplicación de la disposición que se dice desconocida, por tanto, se debe analizar si la medida fue razonable, proporcional, necesaria y si su inobservancia desconocido el "*valor superior democrático*" y el debido proceso electoral.

- 1.5.1.3. Reiteró, asimismo, que la votación debía ser secreta, pues el artículo 131 de la Ley 5ª de 1992 no ha sido declarado inexecutable y, en consecuencia, está vigente en nuestro ordenamiento jurídico. Adicionalmente, manifestó que no es de recibo el argumento de que una ley ordinaria como la Ley 974 de 2005 deba prevalecer sobre una ley orgánica, carácter que ostenta la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, de manera que dicha jerarquía normativa fue, en su criterio, desconocida por el legislador en la elección de la actual Contralora General de la República.
- 1.5.1.4. Agregó los siguientes dos puntos a los cargos inicialmente indicados en la demanda: (i) el certificado del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá fue allegado al expediente de la señora Morelli Rico con posterioridad a su postulación como candidata por el Consejo de Estado, esto es, el 12 de agosto de 2010, de suerte que, a su juicio, no podía haber sido postulada, toda vez que al momento de la presentación de su hoja de vida no acreditó las calidades para ejercer el cargo; y, (ii) la ciudadana habría estado incurso en inhabilidad para ser elegida Contralora General de la República, pues en los dos meses anteriores a su elección fungió como árbitro en el tribunal que finalizó el 22 de julio de 2010, de conformidad con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, es decir que desempeñó funciones públicas poco tiempo antes de su elección, lo que constituye una inhabilidad.

1.5.2. Del coadyuvante

El ciudadano Camilo Rojas Macías insistió en los argumentos expuestos en su escrito inicial. Concretamente se refirió a: (i) el incumplimiento del plazo establecido en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992, relativo a la antelación con que debe efectuar la convocatoria para la sesión plenaria de elección de Contralor General de la República; (ii) la votación pública que se adelantó para la elección de la actual Contralora General de la República, pese al mandato de los artículos 131 y 136 de la Ley 5ª de 1992; (iii) la falta de acreditación de requisitos por parte de la señora Morelli Rico, por cuanto haber desempeñado el cargo de Directora Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros durante diez años no suplía la

exigencia consistente en haber desempeñado funciones públicas por un período mínimo de cinco años; (iv) la omisión en allegar los certificados relativos a su desempeño como árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá al Consejo de Estado, previa postulación por dicha Corporación; y (v) la insuficiencia del desempeño de dicha actividad para suplir el requisito del ejercicio de funciones públicas, por cuanto no se encuentra probado el tiempo en que lo desarrolló efectivamente.

1.5.3. De la parte demandada

1.5.3.1. La apoderada de la señora Sandra Morelli Rico, Contralora General de la República para el período 2010-2014, expuso prácticamente idéntica línea de defensa a la expuesta en la contestación de la demanda, como sustento de su petición de denegatoria de las súplicas. De esta manera, explicó de nuevo los siguientes aspectos:

1.5.3.1.1. La convocatoria un día antes de la celebración de la sesión plenaria para la elección de Contralor General de la República no afectó la finalidad perseguida por el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992.

1.5.3.1.2. La votación pública que se surtió en la elección de la Contralora se acompaña con el régimen de bancadas establecido en el ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo N° 1 de 2003 y desarrollado en la Ley 974 de 2005, por cuanto el deber de sometimiento a las decisiones de bancada abarca todos los asuntos, incluso los electorales.

1.5.3.1.3. En lo que tiene que ver con el cargo relativo a la falta de requisitos de la ciudadana Morelli Rico para desempeñar el cargo de Contralora General de la República, reiteró que tanto el Consejo de Estado como el Congreso de la República, en actuaciones que no han sido tachadas de falsedad, determinaron su cumplimiento.

1.5.4. Del Congreso de la República

Solicito denegar las pretensiones de la demanda, para lo cual expuso argumentos similares a los de la contestación.

1.6. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicitó denegar las pretensiones de la demanda.

1.6.1. A juicio del Agente del Ministerio Público, el acto de elección de la señora Sandra Morelli Rico como Contralora General de la República para el período 2010-2014 no está viciado de nulidad por los presuntos defectos a que hace referencia el accionante. Sustentó su posición de la siguiente manera:

1.6.1.1. En relación con el cargo por violación del plazo estipulado en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992, afirmó que si bien es cierto la convocatoria para la elección de la funcionaria se hizo con desconocimiento de ese término, la misma se hizo de conformidad con el plazo previsto en el artículo 267 de la Constitución Política, en garantía de la finalidad de la disposición contenida en el Reglamento del Congreso, la cual consiste en permitir a Senadores y Representantes a la Cámara conocer a los candidatos y tener la información cierta sobre la fecha y la hora de celebración de la sesión en que se va a adelantar la elección. Por tanto, la inobservancia anotada, por sí sola, no tiene la virtualidad de generar la nulidad del acto por carecer de la fuerza necesaria para alterar la transparencia del proceso electoral.

Por tanto, la actuación del Presidente del Senado estuvo en armonía con la jerarquía normativa que la Carta Fundamental ostenta en nuestro ordenamiento jurídico, dada la imposibilidad fáctica de dar cumplimiento a los dos plazos referidos.

Concluyó el Ministerio Público que el cargo no está llamado a prosperar, por cuanto la irregularidad alegada por la parte actora no fue sustancial y, en esa medida, no afectó los elementos de validez del acto, esto es, su causa, contenido, competencia, forma o fin, así como tampoco la transparencia del proceso electoral, fue una simple irregularidad procedimental.

1.6.1.2 Frente al cargo por violación de la regla que dispone que el Congreso debe aplicar la modalidad de voto secreto cuando ejerce su función

electoral, Ley 5ª de 1992, artículo 131, señaló que el régimen de bancadas implantado en el ordenamiento colombiano en virtud de la reforma introducida por el Acto Legislativo N° 1 de 2003 y desarrollado por la Ley 974 de 2005, impone que el voto de los miembros de cuerpos colegiados de elección directa sea nominal y público, con las excepciones que determine la ley.

De acuerdo con el Reglamento del Congreso, tal y como lo pone de presente el accionante, una de dichas excepciones la constituye precisamente la votación que se realiza dentro del marco de la función electoral que adelanta el Congreso. Con todo, indica que esta Sección, en fallos de 23 de marzo de 2007 y de 6 de octubre de 2011, precisó que salvo los asuntos de conciencia que se determinen en los estatutos internos de cada partido o movimiento político, el voto de los congresistas no puede ser secreto, al menos frente a sus compañeros de bancada, pues debe votar en el sentido determinado por aquella.

La Procuraduría colige que, en la votación que se efectuó, por aplicación de la Ley de Bancadas, la votación pública y nominal no contravino precepto alguno.

1.6.1.3. Finalmente, en relación con el cargo referido a la ausencia de requisitos legales para ser Contralor General de la República, el Agente del Ministerio Público consideró que se encontraba suficientemente demostrado que la doctora Morelli Rico sí cumplía los requisitos exigidos para el desempeño de esa dignidad, como lo concluyeron las Comisiones Legales de Acreditación Documental del Senado de la República y de la Cámara de Representantes.

1.7. Actuación previa al fallo

La Sala, en término para dictar el fallo de la referencia y con el fin de aportar elementos de juicio, decidió por auto de 11 de abril de 2012 decretar algunas pruebas, las cuales fueron allegadas al proceso y sobre las cuales las partes tuvieron la oportunidad de pronunciarse, como se desprende de los folios 675 a 696. En ese orden, el expediente volvió al despacho el pasado 18 de mayo para resolver de fondo sobre las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Antes de resolver los cargos de la demanda impetrada contra el acto de elección de la señora Contralora General de la República, doctora Sandra Morelli Rico, se deben exponer las razones por las que el Consejo de Estado y no la Corte Suprema de Justicia es el competente para resolver el presente asunto. Tema éste que previamente había abordado la Sala de Sección, como consta en el Acta No. 12 de 2012.

El artículo 128, numeral 3 del Código Contencioso Administrativo establece que corresponde al Consejo de Estado conocer de las nulidades de las elecciones o nombramientos hechos, entre otros, por el Congreso de la República. De estos procesos, por disposición del artículo 6 de la Ley 14 de 1988, conoce la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, que se creó precisamente para resolver este tipo de acciones, salvo que por su importancia jurídica, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo decida asumir su conocimiento.

Ahora bien, el artículo 267, inciso 5 de la Constitución Política prescribe que el Contralor General de la República será elegido por el Congreso en pleno de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

Precisamente, la elección que ahora se analiza, se produjo después de que las mencionadas Corporaciones postularan el nombre de una persona para conformar la terna a la que se refiere el mencionado precepto constitucional, así: La Corte Constitucional, escogió al doctor Alberto Rojas Ríos; la Corte Suprema de Justicia al doctor Hernán Alonso Mazo Giraldo y el Consejo de Estado a la doctora Sandra Morelli Rico. Esta última fue electa como Contralora General de la República para el período constitucional 2010-2014, en la sesión del Congreso de la República en pleno que se realizó el día 19 de agosto de 2010.

Por tanto, en los términos de los artículos 128, numeral 3 del Código Contencioso Administrativo y 6 de la Ley 14 de 1988, como lo que se discute en el proceso de la referencia es la nulidad del acto de elección de la actual Contralora General de la República que efectuó el pleno del Congreso de la República, la competencia radica en esta Corporación.

Sin embargo, a partir de la lectura del párrafo del artículo 97 del Decreto 01 de 1984, modificado por los artículos 37 de la Ley 270 de 1996 y 33 de la Ley 446 de 1998, se podría sugerir aquella radica en la Corte Suprema de Justicia y no en el Consejo de Estado, porque el mencionado párrafo señala que: “*La Corte Suprema de Justicia conocerá de las acciones impetradas **contra los actos administrativos emitidos por el Consejo de Estado***”. (negrilla fuera de texto).

A partir de esa prescripción, algunos podrían concluir que el Consejo de Estado no puede conocer de la acción de nulidad electoral de la referencia, específicamente, porque la postulación de la doctora Morelli Rico provino de esta Corporación, es decir, porque está en discusión un acto que profirió el pleno de ésta. Si bien esa conclusión parece tener sustento en el párrafo transcrito, no es correcta por las siguientes razones:

En términos del artículo 229 del Código Contencioso Administrativo, la acción de nulidad de una elección tiene como objeto **el acto por medio del cual se declara la elección**. Lo que significa que en el caso de la referencia se cuestiona el acto de elección que produjo el Congreso en pleno y no específicamente y, principalmente, la postulación que hizo esta Corporación, asunto que de suyo desvirtúa la supuesta competencia de la Corte Suprema de Justicia para conocer de una demanda dirigida contra un acto electoral proferido por el Congreso de la República en pleno.

No se puede olvidar que para la elección del Contralor General de la República concurren una serie de voluntades: primero, la postulación de candidatos por parte de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, cada uno aportando un nombre que conformará la terna y segundo, el Congreso de la República, quien tiene la competencia para elegir entre los tres nombres puestos a su consideración.

Esa concurrencia de voluntades impide afirmar que cuando se demanda un acto de elección como el que profirió el Congreso de la República, se esté demandando específicamente una de las postulaciones, porque independientemente de la

naturaleza jurídica que se quiera dar a esta clase de actuaciones³; en este caso se demandó **el acto de elección** y no las actuaciones previas.

Lo expuesto, permite arribar a la conclusión según la cual como el objeto de la demanda de la referencia es el acto electoral que emitió el Congreso de la República y no otro, la competencia para conocer de la demanda de nulidad está en esta Corporación y, específicamente, en la Sección.

Se insiste, en el presente caso no se demandó un acto administrativo del Consejo de Estado sino el electoral que profirió el Congreso de la República en pleno, hecho que excluye la aplicación del párrafo transcrito del artículo 33 de la Ley 446 de 1998.

Cosa diversa es que como en la postulación de la doctora Morelli Rico participó el pleno de esta Corporación, los Consejeros que intervinieron dicho acto no puedan conocer de la acción de nulidad por haber tomado parte en el acto de conformación de la terna, al designar, específicamente, a la persona de quien ahora se solicita declarar la nulidad de su elección, hecho que los obligaba a separarse de conocimiento del proceso, como efectivamente ocurrió, pues los consejeros María Nohemí Hernández Pinzón, Susana Buitrago Valencia, Filemón Jiménez Ochoa y Mauricio Torres Cuervo, quienes para la fecha de la demanda eran integrantes de la Sección Quinta y por supuesto de la Sala Plena que escogió a la doctora Morelli Rico para hacer parte de la terna de la cual se designaría al Contralor General de la República, manifestaron su impedimento para conocer de la demanda de la referencia por haber participado en la expedición del acto enjuiciado, como expresamente lo contempla el numeral 1 del artículo 160 del Código Contencioso Administrativo⁴. Impedimentos que fueron aceptados por la Sección Primera, razón por la que se sortearon los conjueces que ahora acompañan esta decisión.

Fuerza concluir, entonces, que la competencia para decidir el proceso de la referencia radica en esta Corporación y, específicamente en la Sección Quinta,

³ En el Consejo de Estado la cuestión no es pacífica, así, la Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta, ha sostenido que los actos de postulación o confección de la terna es de trámite, ver, entre otras, la sentencia del trece (13) de diciembre de 2010. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00002-00. Actor: Germán Contreras Meléndez. Consejera Ponente: María Nohemí Hernández. Sin embargo, en los salvamentos de voto a la sentencia proferida por la Sala Plena el pasado 6 de marzo de 2012, Consejero Ponente: doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación: 11001-03-28-000-2011-00003-00, varios de los consejeros que salvaron su voto se refieren a la teoría del acto complejo y la conformación de la terna como un acto de esta naturaleza.

⁴ Fls. 17 a 18.

constituida en su gran mayoría por conjueces, por las razones expuestas en precedencia.

2.2. Oportunidad

La demanda se presentó dentro del término de los 20 días hábiles, previsto en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, si se tiene en cuenta que el acto de elección objeto de acusación se produjo el 19 de agosto de 2010 y la demanda se radicó en la Secretaría de esta Sección el 16 de septiembre 2010, es decir, exactamente en el día 20 hábil desde que se hizo la designación de la doctora Sandra Morelli Rico como Contralora General para el período 2010-2014 en el pleno del Congreso de la República. Por tanto, la demanda fue presentada en forma oportuna.

2.3. Problemas Jurídicos

Corresponde a la Sección resolver tres problemas jurídicos que plantea la demanda de la referencia, en relación con el acto de elección de la doctora Morelli Rico como Contralora General de la República, los cuales se pueden resumir de la siguiente manera. Se puede declarar la nulidad de un acto de elección por: **i)** la inobservancia de los términos para convocar la sesión en donde se debe celebrar la correspondiente elección; **ii)** porque la votación no se hizo en forma secreta y, **iii)** por el incumplimiento de los requisitos por parte de la persona electa para desempeñar el cargo para el cual fue designada.

Corresponde entonces analizar los cargos de la demanda y los problemas jurídicos que cada uno de ellos imponen.

2.4. Primer cargo: Incumplimiento del término de la citación para la elección de Contralor General de la República por parte del Presidente del Congreso. Violación del artículo 21 de la Ley 5 de 1992

2.4.1. Afirma el demandante que se inobservó la regla contenida en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992, porque la sesión para la elección de Contralor General de la República período constitucional 2010-2014, fue citada con un (1) día de antelación cuando el Reglamento del Congreso exige un mínimo de ocho (8) días, lo que en términos de la demanda *“trascendió como la grosera vulneración de una*

garantía democrática, esencial en el debido proceso que requiere el trámite de elección de Contralor General de la República” (fl 8).

La disposición que se dice vulnerada en el aparte pertinente establece que:

“El Presidente del Congreso citará, en forma personal y por escrito, con ocho (8) días de anticipación, a los Senadores y Representantes a una reunión especial del Congreso pleno, con el solo fin de proceder a la elección de que se trate.”

“La citación deberá contener el día y la hora de cumplimiento de la sesión y los nombres del candidato o candidatos postulados.”

2.4.2. Para resolver este cargo de la demanda, es necesario que la Sección previamente analice los hechos que antecedieron la elección del Contralor General de la República período 2010-2014. Para el efecto, es importante la remisión a la Gaceta del Congreso No. 674 de 21 de septiembre de 2010 (*fls 91 y siguientes*) en la que se lee una constancia del Presidente del Congreso de ese momento, doctor Armando Benedetti Villaneda que, en términos generales señala que *“por algunos retrasos en la conformación de la terna hubo muchísimos problemas para desarrollar la elección del señor Contralor, según la Ley 5ª.”* Y en específica referencia al incumplimiento del término de citación señaló que: *“Esto [en referencia a la proceso de elección y los tiempos] va en contravía del artículo 21 de la Ley Quinta, que es una ley estatutaria (sic) en la que se dice que se debe elegir después de haber sido convocada la elección con ocho días de anterioridad. Pero nosotros no pudimos hacerlo porque uno de los que estaba ternado llegó solo hasta el viernes de la semana pasada [en referencia al nombre del candidato que postuló la Corte Suprema de Justicia], y fue radicado, doctor Soto, de forma legal y reglamentaria hasta el martes. Y ustedes saben que la Comisión de Acreditación solamente se pudo reunir hasta el día de ayer para avalar.”*

Según se desprende del mismo documento, el orden del día para el día 19 de agosto de 2010 y las invitaciones a los Congresistas para la sesión de elección, sólo se efectuó en horas de la tarde del día 18 de agosto de 2010, tanto en la página web de la institución como en los casilleros de cada uno de ellos (*fl94*)⁵.

2.4.2. Los términos para la elección de Contralor y su observancia

⁵ Gaceta No. 674. Página 11.

La Constitución, en su artículo 267, es clara en señalar que el Contralor General de la República se debe elegir por el Congreso en pleno **en el primer mes de sus sesiones** para un período igual al del Presidente de la República. Es decir, la elección se debe verificar entre el 20 de julio y el 20 de agosto de cada cuatrienio, lo que obliga a las entidades postulantes a ser muy diligentes en la escogencia de sus candidatos, porque de ello depende que el Congreso de la República pueda cumplir en debida forma su función electoral en el plazo estipulado por el precepto constitucional en mención.

En el caso en estudio, está probado que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional eligieron su candidato a Contralor General de la República en el mes de mayo del año 2010, los días 11 y 13 respectivamente, es decir, antes de terminar la correspondiente legislatura. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sólo hizo esa designación en la sesión del 12 de agosto, jueves, (fl 286), es decir, 8 días antes de cumplirse el plazo fijado expresamente por la Constitución para elegir Contralor General, hecho que por sí mismo impedía la observancia de los términos contenidos en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992, puesto que se requería haber hecho la citación incluso con anterioridad a estar integrada la terna, lo que resultaba de imposible cumplimiento, si se tiene en cuenta que era menester, además de la completa integración de aquella so pena de una nulidad por cuanto la norma constitucional habla de tres candidatos, del informe de las Comisiones de Acreditación de Cámara y Senado de la República para certificar el cumplimiento de los requisitos por cada uno de los ternados, labor que sólo se pudo adelantar el 18 de agosto de 2010, en razón a que una de las Corporaciones encargadas de conformar la terna cumplió su deber el 12 de agosto, es decir, 8 días antes del plazo que estipula el artículo 267 constitucional.

Este recuento permite afirmar que materialmente no era posible para el Congreso de la República cumplir con el término estipulado en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992, porque su acatamiento hubiera implicado la inobservancia del artículo 267, según el cual el Contralor General de la República debe nombrarse en el primer mes de sesiones del Congreso de la República, es decir, entre el **20 de julio y el 20 de agosto** cada **4 años**. Lo anterior ocurrió porque la Corte Suprema de Justicia comunicó oficialmente el nombramiento del doctor Hernán Alfonso Mazo Giraldo al Congreso de la República el lunes 17 de agosto, es decir, a 3 días del plazo límite que el Constituyente fijó para nombrar Contralor de la República, lo que obligó a las Comisiones de Acreditación reunirse y conceptuar el 18 de agosto, para lograr la elección el 19 de agosto de 2010.

Es cierto que los miembros del Congreso de la República no fueron informados con la antelación que exige la Ley Orgánica del Congreso, sin embargo, ello no significó que éstos no hubieran contado con el tiempo suficiente de reflexión para tomar una decisión acorde con el interés general que le impone el mandato popular que ostentan, artículo 133 constitucional.

En efecto, la finalidad de los términos constitucionales y legales para el quehacer y el cumplimiento de las funciones del órgano legislativo, en este caso la electora, no es otra que lograr que el máximo órgano de representación y foro natural de la democracia pueda contar con lapsos suficientes y racionales para examinar, debatir, estudiar y analizar los candidatos sometidos a su conocimiento y que sus integrantes no resulten sorprendidos con citaciones para elegir sin haber tenido un período de reflexión suficiente para cumplir en debida forma la tarea asignada.

Entiende la Sección que la finalidad del plazo señalado en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992 para las elecciones que debe efectuar el pleno del Congreso tiene un fin constitucional legítimo: la preparación y reflexión que requieren individualmente los miembros del órgano de representación popular en el cumplimiento de su función electoral, como su discusión en el partido o movimiento político, en cumplimiento de la Ley de Bancadas.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en expresa referencia al proceso de formación de las leyes, y que es aplicable a todos los quehaceres del Congreso de República, en este caso a la función electoral, ha indicado que debe haber *“acuerdo informado y reflexivo ... De tal manera, [que] quienes tienen asiento en las Cámaras cuentan con la oportunidad de preparar y examinar con el detenimiento requerido cada una de las propuestas legislativas, a lo cual se suma la posibilidad de realizar discusiones preliminares en el seno de los diferentes partidos políticos que facilitan y permiten mayor fluidez en el proceso de discusión y aprobación en las correspondientes comisiones y plenarios...”*⁶

En el caso de la elección del Contralor General de la República período 2010-2014, si bien es cierto no se observó el plazo de los ocho (8) días de antelación para hacer la citación a la sesión en donde aquella se verificaría por las razones que fueron reseñadas y frente a las cuales se refirió expresamente el Presidente del Congreso el día de la convocatoria, también lo es que la finalidad de este precepto se cumplió cuando las distintas bancadas representadas en el Congreso de la República asistieron al recinto del Congreso con una claridad meridiana no

⁶ CORTE CONSTITUCIOANL. Sentencia C-927 de 2007.

solo sobre el objeto de la sesión sino sobre la decisión que tomarían, pues los voceros de los diferentes partidos y movimientos políticos, manifestaron haber tenido la oportunidad de reunirse con los candidatos, de escuchar sus propuestas e intercambiar ideas sobre el papel del órgano de control fiscal.

El único candidato que no pudo ser escuchado fue el postulado por la Corte Suprema que, pese a ser citado por algunos de los partidos y movimientos representados en el Congreso después de su nominación, no pudo acudir a las reuniones previstas para el efecto⁷.

Fuerza concluir, entonces, que no es cierto que la convocatoria a la sesión de elección que sólo se hizo con un día de antelación se tradujera como lo afirmó el demandante en *“la grosera vulneración de una garantía democrática, esencial en el debido proceso que requiere el trámite de elección de Contralor General de la República”*, pues los voceros de las distintas bancadas del Congreso de la República fueron enfáticos en señalar que tuvieron el tiempo para reunirse, deliberar y, en aplicación de sus estatutos, tomar una decisión informada sobre el nombre que votarían para dirigir la Contraloría General de la República.

En ese sentido, entiende la Sala que como el valor material de la regla contenida en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992 es lograr un mínimo de deliberación y consenso entre los miembros de las bancadas en torno a su candidato, ese fin último se cumplió como fue puesto de presente por cada uno de los voceros de los partidos y movimientos políticos con representación en el Congreso de la República y, por tanto, su desconocimiento no puede generar la nulidad de la elección de la doctora Morelli Rico.

Es importante hacer mención aquí al llamado principio de instrumentalización de las formas al cual se ha referido la Corte Constitucional en múltiples fallos y definido en la sentencia C-737 de 2001⁸, en el sentido según el cual las formas procesales *“deben interpretarse teleológicamente al servicio de un fin sustantivo”*, esto es, se debe buscar la razón de ser de la regla sin que su exigencia resulte sacrificando el valor o los valores que ella misma busca proteger. Por tanto, si el principio que busca amparar el precepto que se dice transgredido es el de la participación y la reflexión a través de una información adecuada y a tiempo sobre el objeto de la decisión en el cuerpo colegiado, está probado que en el caso en

⁷ Sobre el particular se puede leer la intervención de los voceros de los partidos de la U, Conservador, Verde y ACI, Liberal, Pin, Cambio Radical, de las negritudes, contenidas en las páginas 20 y siguientes de la Gaceta 674, en la que expresamente se señala que los integrantes de esas bancadas tuvieron la oportunidad de reunirse específicamente con los candidatos Rojas y Morelli, hecho que les permitió llegar con una decisión clara a la sesión de elección.

⁸ M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

análisis esa finalidad se cumplió, razón por la que el no haber efectuado la citación en el plazo indicado en el artículo 21 de la Ley 5ª de 1992, no puede generar una consecuencia tan desproporcionada y gravosa como la nulidad de la elección que se verificó en la sesión del 19 de agosto de 2010 que, a diferencia de lo que se afirma en la demanda, sí satisfizo los principios democrático y participativo que inspiran la Carta de 1991.

De hecho, ese principio lo ha venido aplicando con suficiencia esta Sección, al señalar en varios de sus fallos que la nulidad por las causales genéricas de los actos administrativos incluidos los de elección o nombramiento únicamente procede frente a:

“Las irregularidades sustanciales que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en el decisión definitiva. Y por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declarativo de elección o nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo.”⁹

Lo anterior, en referencia a la elección de Contralor General de República período 2010-2014, significa que la inobservancia de los tiempos de citación no tiene la virtualidad de ser catalogada como una irregularidad sustancial que pudiere afectar, **primero**, la transparencia del proceso de elección, en la medida en que los candidatos y los miembros de las diferentes bancadas tuvieron la oportunidad de interactuar y de intercambiar ideas; lo que permitió a los primeros exponer su plan de acción de llegar a ser electos y a los segundos, en aplicación de sus normas internas, deliberar y decidir sobre el postulado de su preferencia. La Sala no desconoce que uno de los ternados no tuvo el mismo tiempo para acercarse a las diferentes bancadas, sin embargo, esa circunstancia no fue consecuencia del desconocimiento de los términos del artículo 21 de la Ley 5ª de 1992 sino de la tardanza en la postulación por parte de uno de los órganos competentes para hacerla, lo que le impidió desplegar una campaña en igualdad de condiciones, asunto que no fue objeto de acusación y, **segundo**, el resultado de la elección, porque como fue expuesto, todas las bancadas argumentaron su convencimiento sobre el voto a emitir y las razones del mismo, asunto que no iba cambiar si el llamado se hubiese hecho en los plazos estipulados en el reglamento del órgano de representación popular.

⁹CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, sentencia del 24 de noviembre de 2005. Radicación 52001233100020030177301 (3856). Consejero Ponente, doctor Darío Quiñones Pinilla.

Sobre este particular, la Sala quiere llamar la atención sobre la importancia que, en estos casos, debe dársele a los valores y fines que tienen las reglas que imponen la Constitución y la ley, pues éstas no pueden aplicarse irrestrictamente so pretexto de su texto, en sacrificio de bienes superiores y de su misma razón de ser.

Las interpretaciones normativas no deben contradecir directa o indirectamente la finalidad del texto interpretado. Por tanto, no desconoce la Sección que, en el caso de la referencia el término de los **8 días** a que hace referencia la Ley 5ª de 1992 no se cumplió, sin embargo, su desconocimiento, por sí solo, no es fundamento suficiente para generar la nulidad de la elección que aquí se analiza, porque si bien formalmente el plazo previsto en el precepto legal no fue observado, esa infracción permitió dar cumplimiento al plazo contemplado en el precepto constitucional, artículo 267, y, por demás, acaeció por causas de un contexto fáctico que no pueden ser indiferentes para el juzgador, contexto que obliga, en todos los casos, a una disquisición que satisfaga los principios y valores superiores que inspiran la regla que se dice aplicar¹⁰.

Por lo expuesto, el primer cargo de la demanda no tiene vocación de prosperidad, por cuanto el desconocimiento de la regla del artículo 21 de la Ley 5ª de 1992 no constituye una irregularidad sustancial que implique la expedición irregular del acto de elección, en la medida en que se **i)** observó el término constitucional del artículo 267 de la Constitución y **ii)** cumplió la finalidad del precepto omitido.

2.5. Segundo cargo. Ausencia de votación secreta. Violación del artículo 131 de la Ley 5ª de 1992

2.5.1. Para el demandante, en la elección que se efectuó el 19 de agosto de 2010 para elegir Contralor General de la República se desconoció la regla de la votación secreta que exige el artículo 131 de la Ley 5 de 1992, por cuanto se:

¹⁰ **CASSAGNE.** JUAN CARLOS "El Principio de legalidad y el Control Judicial de la discrecionalidad administrativa". Editorial Marcial Pons. 2009. Págs. 38 y 39. Sobre interpretación conforme a la Constitución, ver la Sentencia C-450 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao, entre otras. Igualmente, puede consultarse el salvamento de voto a la sentencia del 6 de marzo de 2012, Consejero Ponente: doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación: 11001-03-28-000-2011-00003-00, suscrito por quien ahora es el ponente de esta decisión.

“...utilizó un mecanismo para poner en evidencia los congresistas que por cada partido votaron por cada uno de los candidatos. Con tal finalidad se entregaron a los congresistas los votos enumerados y previa asignación del mismo a cada congresistas y marcados con un color, como por ejemplo: Al Partido de Unidad Nacional “U”, color rosado; al Partido Conservador Blanco; Al Partido Liberal, color verde; Al partido de Integración Nacional “PIN”. De esta manera, al final del escrutinio era determinable quien había votado y por quien lo había hecho, lo cual iba en contra absoluta del mandato de la norma en cita, que establece que el voto de los congresistas en tema de elecciones propias del congreso en pleno son secretas, cuando así lo decide la misma Corporación.” (fls 8 y 9).

2.5.2. Sobre los hechos en que basa la acusación el ciudadano Carvajal Bríñez no existe duda, porque en la Gaceta del Congreso que reproduce la sesión en que se efectuó la elección de Contralor General de la República para el período 2010-2014, quedó consignado que el único punto que generó controversia fue el mecanismo que se iba a utilizar para verificar la votación. En efecto, algunos senadores llamaron la atención sobre la necesidad de hacer una votación pública, teniendo en cuenta que todas las bancadas iban a anunciar el sentido del voto y, por ende, se hacía innecesaria la votación secreta, así, por ejemplo, la Senadora Karime Mota y Morad indicó:

“...simplemente era en el mismo sentido, pedirle que hiciera la votación pública, porque ya todas las bancadas definimos cuál era nuestro candidato, y la verdad es que realmente es indigno que un Parlamentario tenga que votar con un voto numerado, para ver si cumple o no la Ley de Bancadas. Ante esto, es preferible, hacer una votación pública y transparente para que todo el país sepa cómo estamos votando.”¹¹

Por su parte, el Senador Luís Fernando Velasco Chaves, señaló:

“...Señor Presidente, pido por la dignidad de este Congreso que haya una votación secreta. Si la gente quiere luego, manifestar públicamente cómo voto, dígalo. Pero si hoy permitimos que esto pase aquí, señores cerremos el Congreso, y pongámosle el título de otro departamento administrativo de la Presidencia de la República.”¹²

Posteriormente, una vez los voceros de las diferentes bancadas habían anunciado el sentido del voto, el del Polo Democrático, doctor Jorge Enrique Robledo Castillo, en uso de la palabra, afirmó:

¹¹ Gaceta del Congreso No. 674 de 21 de septiembre de 2010, pág. 18. Fl. 101.

¹² Gaceta del Congreso No. 674 de 21 de septiembre de 2010, pág. 19. Fl. 102.

“Quiero empezar dejando constancia que la votación que se va hacer aquí viola de manera flagrante, por lo que hemos oído al Presidente la Ley 5ª, que en su artículo 131, ley que nadie ha derogado....que para la Contraloría la votación es secreta y agrega, no permite identificar la forma cómo vota el congresista. Secreta, Y prohíbe que se marque el voto con colores, con números o con cosas de esas, para asegurarse que el voto sea secreto. Eso es lo que dice la ley. La ley no ha sido derogada” Y agregó “Uno de los avances de las civilizaciones es el voto. Pero el voto secreto. Porque donde el voto no es secreto, el elector puede ser coaccionado de una u otra manera.”¹³

De las anteriores transcripciones se deduce que, como lo afirma el demandante, en la elección de Contralor General de la República para el período 2010-2014, se utilizó un mecanismo que permitía la identificación del voto según la bancada, en la medida en que a cada una de ellas le fue asignado un color, lo que facilitaba la determinación del sentido de los votos emitidos. Sobre el particular, el doctor Alexander López Maya, quien fue nombrado escrutador, dejó la siguiente constancia para, en sus palabras, *“sustentar y justificar”* las acciones en relación con el proceso electoral que se acababa de verificar:

“Que en el registro de votación de los Congresistas, tanto de Senado como de Cámara, 20 votos fueron de color verde, 35 de color rojo, 5 votos de color naranja, 1 voto de color azul, 16 votos de color amarillo, 59 votos de color fucsia, 78 votos de color blanco, 26 votos de color gris, 2 votos de color morado,...Dentro de los 78 votos blanco, 2 votos nulos.”¹⁴

Es claro, entonces, que la votación que se verificó el 19 de agosto de 2010 para la elección de Contralor General de la República implicó, por lo menos, la identificación por colores de los votos por bancada, es decir, éstas podían determinar con precisión el sentido del voto de sus integrantes, en la medida en que previamente habían acordado por quién votar¹⁵, y por tanto, todas las papeletas, según el color, debían contener el mismo nombre.

En ese contexto, corresponde a la Sección determinar si se desconoció la regla sobre el voto secreto y, por ende, si es posible decretar la nulidad de la elección de Contralor General de la Nación, período 2010-2014, por esa circunstancia.

En relación con este punto, se debe recordar que la jurisprudencia de la Sala ha admitido que es posible declarar la nulidad de una elección de carácter no popular

¹³ Gaceta del Congreso No. 674 de 21 de septiembre de 2010, págs. 23 y 24 . Fl. 106 y 107.

¹⁴ Gaceta del Congreso No. 674 de 21 de septiembre de 2010, págs. 30 . Fl. 113.

cuando se desconozca el secreto del voto por expedición irregular del acto, siempre y cuando: **i)** su observancia sea obligatoria en el correspondiente proceso electoral y **ii)** su desconocimiento resulte determinante en el resultado de la elección¹⁶.

2.5.3. El voto secreto y la ley de bancadas: se impone la regla de funcionamiento de los partidos y movimientos políticos

Lo primero que se debe advertir sobre el punto en discusión, es que para su correcta interpretación se impone un análisis integral y sistemático de las instituciones que están en juego, por un lado, el voto y su naturaleza secreta para cierto tipo de elecciones y por otro, el régimen de bancadas que gobierna a las corporaciones de elección popular por expresa disposición del artículo 108 constitucional. Un análisis aislado de estos extremos puede generar equívocos y conclusiones contrarios al ordenamiento superior.

Así lo entendió esta Sección cuando en providencia del 6 de octubre de 2011, al analizar la razón de ser del voto secreto y la ley de bancada indicó que:

“...en un régimen de bancadas, el principio universal del voto secreto para la protección de la libertad de los electores no puede ser la regla general en relación con el acto colectivo por medio del cual las cámaras y sus comisiones declaran su voluntad respecto de una iniciativa o asunto de interés general.”¹⁷

Es decir, el voto secreto es exigible para las elecciones de carácter popular, como una garantía de la libertad de los electores que permite garantizar el funcionamiento del sistema democrático y participativo¹⁸; el voto entendido como un derecho de carácter individual y subjetivo de todo ciudadano, en los términos del artículo 258 de la Constitución, exige del Estado tomar todas las previsiones para garantizar que no exista ninguna interferencia entre la voluntad del elector y su decisión final en las urnas, pero de ello no se sigue que cuando el voto sea la manifestación de una función electoral deba observar igualmente la característica del secreto, pues, en este caso, se impone la garantía de otros fines, igualmente legítimos desde la perspectiva constitucional, como es el caso del fortalecimiento

¹⁵ El partido liberal fue el único que dejó en libertad a sus miembros para escoger entre los tres candidatos. El partido Polo Democrático optó por el voto en blanco.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 23 de marzo de 2007. Proceso 11001-03-28-000-2006-00172-01, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sentencia de 6 de octubre de 2011. Proceso 11001-03-28-000-2010-00120-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

de los partidos y su régimen disciplinario, en el caso del Congreso de la República, razón última de la reforma constitucional que se introdujo mediante el Acto Legislativo No. 01 de 2003, que obliga al ejercicio del voto como nominal y público.

Recuérdese que al Congreso de la República como a otros órganos del Estado, el Constituyente les atribuyó el ejercicio de la función electoral, por medio de la cual se consagra su participación en la conformación de la estructura del Estado. El ejercicio de esta función tiene su origen en el diseño institucional que orientó al Constituyente de 1991 en el sentido de buscar un equilibrio entre las distintas manifestaciones del poder público y hacer posible el sistema de frenos y contrafrenos que se deriva precisamente del principio de división del poder, que busca impedir su concentración en un solo órgano. Este equilibrio a través de controles mutuos, se manifiesta, entre otros, mediante la participación del Presidente de la República, el Congreso de la República y la Rama Judicial en la elección de los titulares de otros órganos que, junto a ellos, deben **cumplir funciones esenciales para la pervivencia del Estado, en forma autónoma e independiente**, pero basados en la colaboración armónica, como lo ordena artículo 113 constitucional¹⁹.

Esta concepción sobre la función electoral fue expuesta desde las primeras sentencias por el máximo juez constitucional, quien precisó, en referencia expresa al Congreso de la República, lo siguiente:

“El ejercicio de la función electoral por el órgano legislativo, permite la integración de otros órganos del Estado y contribuye a transmitir legitimidad democrática a otras instancias del poder público. Puede decirse que esta función, lejos de afectar negativamente el principio de separación de funciones, es una manifestación, quizá la más conspicua, del principio de colaboración entre los diferentes órganos estatales”²⁰

Fuerza concluir, entonces, que es importante diferenciar entre las características del voto cuando éste es una manifestación del derecho-deber del artículo 258 de la Constitución y cuando se ejerce como una manifestación de la función electoral reconocida a determinados órganos del Estado directamente por la Constitución, como sucede en la elección por parte del Congreso de la República del Contralor General de la República, entre otros.

¹⁸ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sentencias T-324 de 1994; T-446 de 1994; C-337 de 1997; C-142 DE 2001; T-473 de 2003 y C-490 de 2011.

¹⁹ Este aparte está contenido en el salvamento de voto a la sentencia proferida por la Sala Plena el pasado 6 de marzo de 2012, Consejero Ponente: doctor Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicación: 11001-03-28-000-2011-00003-00.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-194 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

En ese sentido se pronunció esta Sección, en una providencia de 2007 en la que después de analizar el régimen de bancadas y la exigencia del voto secreto, concluyó que la:

“... regla de funcionamiento de las corporaciones públicas obliga a que, en la mayoría de los casos, sea la bancada y no cada uno de los Congresistas que la integran, quien determine el sentido en que se emitirá cada voto individual. Por tanto, es válido suponer que, en tales eventos, el voto de cada Congresista se emitirá en cumplimiento del deber que le impone el nuevo régimen, es decir, en el sentido democráticamente acordado al interior de la bancada de la cual hace parte, según las reglas que al respecto haya adoptado el estatuto interno del partido o movimiento político de que se trate (artículo 4° de la Ley 794 de 2005).

Surge de lo dicho que, salvo los asuntos de conciencia que definan los estatutos internos de cada partido o movimiento político (artículo 5° de la Ley 794 de 2005), el voto de cada Congresista no puede ser secreto, al menos, frente a sus compañeros de bancada, pues, se insiste, la ley obliga a que "Los miembros de cada bancada actuarán en grupo y coordinadamente" (artículo 2°, ibídem). En esa hipótesis, no hay duda de que todo Congresista está obligado a votar en el sentido determinado por la bancada de la cual hace parte, lo que supone el conocimiento previo por parte de sus compañeros de bancada del sentido en que votará²¹" (negrilla fuera de texto).

Lo anterior significa que de un análisis integral de las normas que rigen la actuación en bancada por los miembros de las corporaciones públicas, artículo 108 de la Constitución Política y la Ley 794 de 2005, la posibilidad del voto secreto se diluye, pues es claro que, una vez el partido o movimiento político en ejercicio de su sistema interno de toma de decisiones, que por demás debe ser democrático, decide apoyar un determinado candidato o votar en blanco, todos sus miembros quedan cobijados por esa directriz y, en consecuencia, el sentido en que ha de votar deja de ser secreto para convertirse en público, al dejar de ser una decisión individual para convertirse en la de la colectividad, llámese partido o movimiento político.

En ese orden, el voto secreto al que se refiere el artículo 131 literal a) de la Ley 5 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1431 de 2011, si bien no ha sido derogado, debe interpretarse de conformidad con la Ley de bancada, en consecuencia, si bien formalmente debe usarse el mecanismo del voto secreto, ello no significa que públicamente el votante pueda expresar el sentido de su

²¹ CONSEJO DE ESTADO, Fallo de 23 de marzo de 2007. Proceso 11001-03-28-000-2006-00172-01, Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla.

decisión, que como se dijo, debe corresponder al de la bancada, cuando previamente así se haya acordado.

Se reitera así el criterio expuesto por la Sección en la sentencia de 6 de octubre de 2011²² en el caso de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, en el sentido según el cual:

*“los artículos 131, literal a) y 136, numeral 2, de la Ley 5 de 1992, que establecen la votación secreta como excepción al voto nominal y público propio del régimen de bancadas, **no se hallan derogadas per se; sino que este régimen, es inaplicable y torna inconstitucional, cuando los partidos o movimientos políticos, (i) hayan impartido una orden que determine el sentido de la votación para los miembros del mismo y (ii) exista dentro del ordenamiento jurídico la justificación deontológica de la directriz impartida -deber ser de la votación pública-, como en efecto ocurre frente a la elección de magistrados del CNE”** (negrilla fuera de texto).*

En el caso de la elección de Contralor General de la República, entonces, si bien no se vislumbra una razón deontológica para exigir que su elección en el Congreso de la República deba ser mediante **voto público**, por cuanto: **i)** no es un órgano político, como sí lo es el Consejo Nacional Electoral; **ii)** la postulación de éste parte de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y tiene entre sus funciones la vigilar, inspeccionar y controlar toda la actividad electoral de aquellos, que implica que éstos deban tener una equilibrio en su composición. En el caso de la Contraloría, ésta ejerce una función que consiste en la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación, función pública de carácter técnico que no requiere para su ejercicio de la existencia de un equilibrio en la representación de las fuerzas políticas con asiento en el órgano llamado a elegirlo; **iii)** El órgano electoral es **plural** y, por ende, debe reflejar la “... *representación de los partidos políticos y la posibilidad de inclusión de las minorías en su composición*”²³. La Contraloría, por su parte, es **uninominal**, hecho que implica un consenso para su designación.

Sin embargo, el que deontológicamente la elección del Contralor General de la República no deba ser a través del voto público, nada impide a las bancadas representadas en el Congreso de la República, en ejercicio de sus competencias

²² *Ibidem.*

²³ *Ibidem.*

constitucionales y legales, acordar el sentido del voto, artículo 108 constitucional y Ley 974 de 2005, para ejercer la función electoral. En su ejercicio, entonces, las bancadas pueden **acordar y, en consecuencia, exigir** a sus miembros la forma como deben votar. Por tanto, el fortalecimiento de los partidos y de los movimientos políticos, que buscó el Constituyente con las reformas introducidas al texto constitucional en los Actos Legislativos Nos. 01 de 2003 y 2009, hizo que cobraran relevancia y validez los mecanismos para permitir a los partidos o movimientos políticos verificar la forma en que sus militantes actúan, de forma tal que impuso como regla general el voto nominal y público.

Fuerza concluir, entonces, que el artículo 131 de la Ley 5ª de 1992 está vigente, pero su observancia en cuanto se refiere a la función electoral depende de la decisión de las bancadas representadas en el órgano de representación popular, conclusión a la que se arriba del análisis de los Actos Legislativos Nos. 01 de 2003 y de 2009.

Los anteriores razonamientos imponen concluir que en la elección de Contralor General de la República período 2010-2014 no se desconoció la regla de la votación secreta a que alude el artículo 131 de la Ley 5ª de 1992, por cuanto todas las bancadas representadas en el Congreso de la República, a excepción del Partido Liberal y el Polo Democrático²⁴, previamente a la sesión en que se verificó la elección, habían acordado votar por la doctora Morelli Rico y así lo hicieron conocer al público en general al inicio de la deliberación. Así las cosas, el cargo de la demanda por violación del artículo 131, literal a) de la Ley 5ª de 1992, se declarará improcedente.

2.6. Tercer cargo. Ausencia del requisito de desempeño de función pública por cinco años. Violación del artículo 59 de la Ley 42 de 1993

En términos de la demanda, se dice que la doctora Sandra Morelli Rico no cumplía el requisito del artículo 59 de la Ley 42 de 1993 relativo a "*haber ejercido funciones públicas por un período no menor de cinco años*". A juicio del ciudadano Carvajal Bríñez y de quien coadyuva la demanda, la doctora Morelli Rico no acreditó el desempeño de **cargo público** por el lapso mínimo que señala la Ley 42 de 1993.

Para resolver esta acusación, es importante que la Sala establezca: i) la diferencia entre los conceptos de **cargo público** y **función pública** que tanto el demandante como el coadyuvante parecen identificar, para de esa manera establecer si ii) la doctora Sandra Morelli Rico al momento de tomar posesión del cargo de Contralora General de la República observó el requisito que se dice omitido y fundamento de la solicitud de nulidad de la elección.

2.6.1. La función pública: los cargos públicos y el desempeño de funciones públicas

La Constitución Política en el Título V, Capítulo II, hace una presentación de los rasgos generales de la función pública en el ordenamiento jurídico colombiano, para señalar, entre otros, quiénes son servidores públicos (artículo 123); la necesidad de **empleos** o **cargos** con funciones detalladas (artículo 122); la responsabilidad de quienes fungen como servidores (artículo 124); las formas de acceso al servicio público (artículo 125); las incompatibilidades y prohibiciones para quienes se desempeñen como servidores públicos (artículos 126 a 129), así como el señalamiento del órgano encargado de la administración de la llamada carrera administrativa (artículo 131).

En este sentido, ha de entenderse que cuando la Carta Política se refiere en este capítulo a la función pública lo hace para describir el vínculo especial que surge entre el ciudadano y el Estado, por medio del cual éste logra cumplir las distintas funciones a él asignadas por el ordenamiento constitucional, asunto que se concreta en la creación de **cargos o empleos públicos** a los cuales acceden los ciudadanos mediante las diversas formas de vinculación que el mismo ordenamiento jurídico ha diseñado, entre ellos, la legal y reglamentaria; el contrato laboral, la elección popular, etc.

Es decir, la función pública a la que se refiere este capítulo de la Constitución hace alusión a las distintas formas de **vinculación subjetiva** entre el individuo y la administración, en donde se señalan los rasgos generales mediante los cuales los ciudadanos en ejercicio de su derecho político de ser elegido y acceder al desempeño de **cargos públicos**, artículo 40, numerales 1 y 7 de la Carta, pueden generar una relación de sujeción con el Estado, a partir de la cual éste puede desplegar o hacer factible la observancia de los cometidos estatales; en donde el

²⁴ El Partido Liberal dejó en libertad a sus miembros para decidir y el Polo Democrático se inclinó por el voto en blanco.

ciudadano, una vez se convierte en servidor público, adquiere, además de una serie de facultades o competencias que no ostentaría sin la mediación de ese vínculo un haz de responsabilidades que lo sitúa en una posición especial que lo obliga a actuar y responder de una forma diferente a como lo haría cualquier administrado, pues, se repite, el servidor tiene una especial relación de sujeción con la Administración que le permite a ésta no solo el cumplimiento de sus cometidos sino activar los mecanismos de control que el ordenamiento ha dispuesto para disciplinar y adecuar la conducta de sus colaboradores, artículo 6 de la Carta.

Sobre el particular señala Cassese, citado por el profesor Rincón Córdoba²⁵:

“estamos en presencia de una individualización y ordenación de cada una de las tareas administrativas, pero al mismo tiempo nos encontramos ante la labor misma de distribución de competencias y ante la atribución de potestades que hacen posible la realización de funciones concretas que cobran importancia dentro de los ordenamientos jurídicos por servir de instrumentos en manos de los poderes públicos para lograr la satisfacción de los intereses generales.”

El acceso a un cargo o empleo público implica, entonces, por una parte **“la inclusión del individuo dentro de la organización administrativa, pero sobre todo la especificación concreta de responsabilidades, deberes, tareas, atribuciones y potestades que son inherentes al puesto de trabajo”**²⁶ (negrilla fuera de texto).

Lo relevante en este punto y para efectos de la decisión que ocupa la atención de la Sala, es que la vinculación subjetiva con el Estado exige de una estructura u organización en donde la persona, previo el cumplimiento de unos requisitos, entra a prestar sus servicios y a desempeñar las funciones que para dicho empleo están fijadas en la ley, reglamento o manual. El artículo 19 de la Ley 909 de 2004, establece:

“Por empleo se entiende el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”.

²⁵ RINCON CORBOBA, Jorge Iván “Derecho Administrativo Laboral: Empleo Público, sistema de carrera administrativa y derecho a la estabilidad laboral” Universidad Externado de Colombia.2009. Pág. 138, citando a Sabino Cassese “Las Bases del Derecho Administrativo. Instituto Nacional de Administración Pública. 1994.

²⁶ Ob cit, pág.141.

Ese empleo o cargo, siguiendo una definición que en su momento hiciera la Corte Suprema de Justicia y que sirve para efectos de resolver los planteamientos de la demanda “*designa un puesto de trabajo previsto tanto en la planta de personal como en el presupuesto de una entidad u organización determinada*”²⁷.

En ese orden de ideas, la función pública a la que se alude no puede ser confundida con aquella que define el sinnúmero de atribuciones y potestades que competen al Estado, de las cuales sólo él es titular y sin las cuales perdería su razón de ser²⁸, la cual puede ser prestada no solo por quienes tienen un vínculo subjetivo e insertos en el aparato estatal sino por quienes materialmente la desarrollen, como es el caso de los particulares que por disposición constitucional y sin adquirir la connotación de servidores públicos, es decir, sin hacer parte de la estructura o andamiaje público pueden ejercer una función pública, como expresamente lo autorizan los artículos 116, 118, 123 y 210 de la Carta, entre otros, y en desarrollo de lo que la doctrina denomina la desconcentración por colaboración.

Por tanto, es importante diferenciar entre la función y el cargo público, en la medida en que es posible desempeñar la primera sin necesidad de la participación en una estructura orgánica dentro de la administración pública, es decir, sin ostentar un cargo o empleo público, *v.gr.* los curadores, los árbitros, los interventores, etc., esto es, sin la relación subjetiva con el Estado, asunto que no se predica del cargo, pues éste siempre requerirá de la existencia de ese vínculo, a partir del cual se delimita la tarea a realizar, lo que se convierte en una garantía para la protección de los derechos de todos los administrados y un límite de la actuación estatal. Es por ello que la Corte Constitucional ha señalado que el concepto de servidor público tiene una noción finalística y no meramente nominal²⁹.

En este contexto, es necesario entender, como lo hizo esta Corporación en sentencia de 1994, en relación con un proceso de pérdida de la investidura, que los conceptos de cargo o empleo que traen los diferentes diccionarios jurídicos y de la lengua:

²⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 9 de octubre de 1975. M.P. Luis Sarmiento Buitrago.

²⁸ La Corte Constitucional, en sentencia C-037 de 2003 señaló que la noción de “función pública” atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

²⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-037 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas

*“...tienen por lo menos dos connotaciones que son relevantes enfrente de la disposición constitucional en estudio [artículo 180 de la Constitución]: la primera, **la de vínculo laboral**; y la segunda la de dignidad, tarea o encargo.*

“En tratándose de la primera, estaremos en presencia de un contrato de trabajo o de una relación legal y reglamentaria, o de derecho público...”³⁰ (negritas fuera de texto)

Es decir, el **cargo o empleo público** requiere de la vinculación o relación subjetiva con el Estado, a partir de la inclusión de la persona en la estructura o planta que para el efecto tenga el organismo público correspondiente. En reciente pronunciamiento de la Sección Segunda de esta Corporación se indicó que:

*“el modelo constitucional de función pública en Colombia se ha construido sobre la noción de empleo o cargo público, concepto fundamental desde el punto de vista organizativo o estructural y desde la dimensión subjetiva del individuo que cumple funciones al interior del aparato estatal”*³¹.

*“La Constitución Colombiana”³² utiliza indistintamente la palabra empleo o cargo público y la ley se encarga de ubicarlo orgánicamente dentro de la estructura administrativa conforme a su especialidad, clasificándolo por código y grado; es más podría decirse, que el ejercicio mismo del cargo presenta una conexión inescindible entre la prestación de contenido personal y el objeto mismo de la relación jurídica con la administración.”*³³

Retomando lo expuesto, podemos señalar, entonces, que el artículo 123 de la Constitución hace una descripción de las distintas formas en que surge la vinculación subjetiva con el Estado, **a cargos o empleos** dentro la administración, a través de una relación legal y reglamentaria -libre nombramiento y remoción-; de la carrera administrativa; de la elección popular y de aquellas designaciones que dependen de la intervención de las distintas ramas poder público, como es el caso de los altos cargos dentro del Estado, como los de Procurador General de la Nación; Defensor del Pueblo, Magistrados de las Altas Cortes; Fiscal General de la Nación y Contralor General de la República, entre otros.

³⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de 22 marzo de 1994. Expediente AC-1351, solicitante Ligia Flor Sánchez de Mendoza, Consejero Ponente: Carlos Orjuela Góngora.

³¹ JORGE IVÁN RINCÓN CÓRDOBA, Derecho Administrativo Laboral. Universidad Externado de Colombia

³² En el Art. 122 inciso 1° señala que no habrá empleo que no tenga detalladas sus funciones en ley o reglamento, mientras el inciso 2°, dispone que ningún funcionario entra a ejercer un cargo sin prestar juramento de defender la Constitución.

³³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección "A". Consejero ponente: GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN, de 7 de abril 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2002-05450-01(0642-07). Actor: Juana Cristina Arévalo Capera. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

Por otra parte, la propia Constitución Política, artículos 116, 123 y 210, entre otros, admite que en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, personas **sin vínculo subjetivo con el Estado**, es decir, sin ostentar un cargo o empleo público, desempeñen funciones públicas como una forma de materializar los principios de colaboración, solidaridad y participación en los asuntos públicos por parte de los ciudadanos, manifestación específica o concreta de la democracia participativa, como la descentralización por colaboración que permite al Estado cumplir de una mejor manera las funciones que le corresponden en aras de satisfacer el interés general y las necesidades básicas de los asociados³⁴. En ese sentido, la participación en el quehacer público tiene la doble connotación de derecho-deber.

En relación con la autorización para que los particulares desarrollen función pública, como un asunto inherente a la democracia participativa que define al Estado Colombiano, el Alto Tribunal de lo Constitucional señaló desde sus primeras sentencias que:

“...Toda vez que la Carta Política está concebida de manera que la parte orgánica sólo adquiere su sentido propio interpretada según los principios y valores de la parte dogmática, tenemos entonces que la función pública que ella regula debe obedecer también a la particular axiología constitucional que propugna por la vigencia de los principios de solidaridad y participación. Por ello, la posibilidad del ejercicio de funciones públicas por parte de particulares encuentra su soporte constitucional en los mencionados principios, a la vez que viene a ser una de las formas de desarrollo concreto de los mismos. En efecto, lo que el Constituyente buscó fue ampliar en la mayor medida posible los espacios de participación democrática del pueblo en la toma de decisiones, así como en el control del poder político, con el propósito de facilitar la consecución de los objetivos estatales referentes a la satisfacción de las necesidades básicas colectivas y de ampliar la democracia.”³⁵

Así mismo, la posibilidad de ejercicio de función pública por particulares implica que éstos, en lo que hace a su ejercicio, respondan como lo haría el servidor público pese a no tener esa calidad, pues si bien no mudan su carácter de privados, su desarrollo los obliga a que su espectro de responsabilidad sea mayor, en la medida en que ostentan poderes y prerrogativas propios del Estado y actúan en su nombre. En consecuencia, la cláusula general de responsabilidad del artículo 6 Superior debe entenderse en relación con el despliegue de esas

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-308 de 1994, C-226 de 1994, C-360 de 1994, C-166 de 1995, C- 492 de 1996, C-181 de 1997 y C- 399 de 1999, entre otras.

precisas tareas o atribuciones, es decir, referida a la función pública que se le atribuya.

El particular, por tanto, estará sometido a las mismas inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses señalados por la ley para el servidor público que las ostenta normalmente o las que expresamente aquella le imponga, como a todos los controles y responsabilidades de aquellos, es decir, el fiscal, el disciplinario y el penal³⁶.

La habilitación para que los particulares asuman el ejercicio de determinadas potestades del Estado está reconocida, entonces, por la Constitución directamente en los artículos 116, 123 y 210, bajo previa regulación del legislador, quien puede atribuir directamente en una ley su ejercicio como es el caso de los curadores, de los interventores, etc. O fijar en ella las condiciones para su actuación, como lo hizo en los artículos 111 y siguientes de la Ley 489 de 1998.

El anterior recuento, le permite a la Sala analizar el tercer cargo de la demanda y que tiene como sustento el que la doctora Morelli Rico no cumplía los requisitos de ley para ser Contralora General de la República.

2.6.2. Requisitos para ser Contralor General de la República y los acreditados por la por la doctora Sandra Morelli Rico

El artículo 267 de la Constitución Política establece que para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de cinco años, **y acreditar las calidades adicionales exigidas por la ley.**

En relación con los requisitos constitucionales obra copia en el expediente sobre su observancia. Así, a folios 220 y siguientes se prueba que para la época de la elección, la doctora Morelli Rico tenía más de 35 años, ostentaba el título de abogado y no estaba inhabilitada para ejercer cargos públicos, según las certificaciones sobre carencia de antecedentes fiscales, disciplinarios o penales.

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-866 de 1999. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, reiterada en múltiples fallos, entre otros, sentencias C-286 de 1999, C-702 de 1999; C-037 de 2003, C-1085 de 2008

³⁶ Cfr, Sentencias C-866 de 1999 y C-037 de 2003, entre otras.

En cuanto al requisito de ser profesor universitario, la Constitución utiliza una “o” que tiene una función disyuntiva, es decir, que es optativo demostrar la experiencia como profesor universitario. En el caso de la doctora Morelli Rico, obra una certificación expedida por la Universidad Externado de Colombia (fls 233), en la que se señala que aquella fungió como docente investigadora entre el 27 de septiembre de 1990 a junio de 1994 y como Directora del Departamento de Derecho Constitucional de julio de 1994 al 20 de noviembre de 1998. Si bien la mencionada certificación no es específica sobre la carga académica que durante ese período tuvo la doctora Morelli Rico, para la Sección resulta obvio que fue docente en ese lapso y, por tanto, observó, igualmente, el requisito de los cinco (5) años de profesor universitario al que se refiere el artículo 267 de la Carta, que se repite, es facultativo si está demostrado el requisito del título universitario, exigencia ésta que el legislador vuelve imponer en la Ley 42 de 1993 que trata “*Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen*”.

Ahora bien, en lo que hace a las calidades adicionales para ser Contralor General de la República, la mencionada Ley 42 de 1993, en su artículo 59, estableció que quien pretendiera ejercer ese cargo debía acreditar, además de los señalados por el artículo 267 de la Constitución Política y hace expresamente referencia al título universitario³⁷, el **haber ejercido funciones públicas por un período no menor de cinco años.**

Es precisamente en el incumplimiento de este último requisito en que se basa el tercer cargo de la demanda, pues se afirma que la doctora Sandra Morelli Rico no acreditó ese ejercicio. Sobre el punto expresamente se afirma: “*la elegida hace alusión a su desempeño como asesora en los sectores de servicios públicos, pero no acreditó haber fungido como servidora pública, que es lo que establece la norma en comentario*” (fl 9).

Advierte la Sección que el demandante y el coadyuvante parecen confundir el ejercicio de función pública con ser o haber ejercido como servidor público, asunto que fue ampliamente explicado en el acápite anterior. Por tanto, como la norma que se dice vulnerada y en que se fundamenta la nulidad de la elección de la

³⁷ La Corte Constitucional en sentencia C-592 de 1995 declaró la inexecutable de las áreas del conocimiento en que dicho título debía obtenerse. En criterio de ese Alto Tribunal, el legislador no podía establecer calificaciones que el Constituyente no había fijado para el ejercicio del control fiscal. En consecuencia, excluyó del ordenamiento el aparte del artículo 59 de la Ley 42 de 1993 que hacía referencia a que el título universitario fuera **en ciencias económicas, contables, jurídicas, financieras o de administración.**

Contralora General de la República exige el ejercicio de función pública y no específicamente de cargos públicos como lo entiende el actor y el ciudadano Rojas Macías, la Sala analizará si la doctora Morelli Rico cumplió o no con dicho requisito.

2.6.3. Los cargos y funciones públicas que ha ejercido la doctora Morelli Rico: Análisis del tiempo de desempeño de función pública

2.6.3.1. En el proceso está probado que la doctora Sandra Morelli Rico sólo ha ejercido un cargo público, el de Director Técnico de Ministerio, en el Ministerio del Interior y de Justicia, que ocupó desde el 27 de enero de 1994 hasta el 11 de septiembre de 1994, es decir, por el término de **7 meses y 15 días** (fls 232).

Igualmente, la demandante señala que ejerció función pública como particular así:

- Arbitro.
- Miembro de la Comisión de Doctorados y Maestrías
- Directora de la División Jurídica de la Federación Nacional de Cafeteros
- Conjuez.

La Sección analizará la naturaleza de esas designaciones para determinar su naturaleza jurídica y el lapso de desempeño y, poder establecer, si la demandada cumplía o no los requisitos legales para desempeñarse como Contralora General de la República.

2.6.3.2. El arbitramento como ejercicio de función pública

Según las certificaciones de la Cámara de Comercio que obran el proceso, algunas requeridas de oficio por el despacho del ponente (fls 244, 561 a 564, 602 a 604), la doctora Morelli Rico fue árbitro en once (11) tribunales. A continuación se relaciona el tribunal y el período de duración de cada uno de ellos. No obstante, como algunos de ellos se surtieron en forma simultánea, la sumatoria de los tiempos para efectos de verificar el requisito que es objeto de estudio tendrá en cuenta esa especial circunstancia. Veamos:

Año	Arbitramiento	Posesión	Finalización del arbitramento o renuncia	Período de ejercicio de función pública
2001	Proserades Ltda Vs Medisanitas y otro	17 Septiembre de 2001	19 noviembre de 2001	2 meses, 2 días.
2002	Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá Vs Telecom.	21 de mayo de 2002	11 de diciembre de 2003	18 meses, 21 días.
2003	Telecom en liquidación y Telecartagena E.P.S en liquidación vs Itochu Corporacion y Colombiatel. S.A.	23 de Septiembre de 2003	5 de Septiembre de 2008.	56 meses y 24 días*.
2006	P&P Construcciones S.A. Vs Distrito Capital-Secretaría de Educación Distrital.	10 de Octubre de 2006	2 de Febrero de 2007	No se contabiliza porque corrió paralelo al arbitramento de Telecom en liquidación y Telecartagena E.P.S en liquidación vs Itochu Corporacion y Colombiatel. S.A. que ya se tuvo en cuenta.

2007	Unión Temporal Mavig Deprocon Vs Distrito Capital- Unidad Ejecutiva de Localidades de Desarrollo	21 de febrero de 2007.	16 de febrero de 2008.	No se contabiliza porque corrió paralelo al arbitramento de Telecom en liquidación y Telecartagena E.P.S en liquidación vs Itochu Corporacion y Colombiatel. S.A. que ya se tuvo en cuenta.
	Consortio CCFC S.A. Vs Instituto Nacional de Concesiones Inco.	31 de julio de 2007.	25 de septiembre de 2008.	20 días. El resto del período ya se había contabilizado en el arbitramento de Telecom en liquidación y Telecartagena E.P.S en liquidación vs Itochu Corporacion y Colombiatel. S.A.
	Consortio M&M Bogotá y Jaime Orlando Malagón Fajardo VS Secretaría de Educación Distrital.	2 de febrero de 2007.	3 de septiembre de 2007.	No se contabiliza

	San Andrés Limitada y/o Clínica San Juan de Pasto Vs. Cajanal S.A EPS en liquidación.	14 de febrero de 2008	29 de abril de 2008	No se contabiliza.
	Operagua El Banco S.A. EPS Vs. Fiduciaria La Previsora.	13 de julio de 2009	22 de julio de 2010	12 meses, 9 días
2009	MNV S.A. Y Ingepro S.A. en liquidación judicial vs Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá -EAAB.	15 de diciembre de 2009	5 de mayo de 2010	No se contabiliza. Este período está contenido en el anterior.
	Dismacor S.A.Lafaurie Vega Jaime Hernando en concordato y Diagnosticentros y Estacion de Servicios La Popa & Compañía Limitada.	8 de noviembre de 2009	24 de agosto de 2010	1 mes, 1 día*
			Total de ejercicio de la función pública de administrar justicia	89 meses, 77 días. Para un total de: 91 meses y 17 días.

*En este caso se ha restado el tiempo que transcurrió paralelo en el arbitramento Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá Vs Telecom y que fue contabilizado en la casilla anterior. Es decir, sólo se tiene en cuenta el lapso que corrió entre el 23 de septiembre y el 11 de diciembre de 2003. La cuenta se hizo desde el 12 de diciembre de 2003.

* En este caso se ha restado el tiempo que transcurrió paralelo en el arbitramento Operagua El Banco S.A. EPS Vs. Fiduciaria La Previsora. Es decir, sólo se tiene en cuenta el lapso que corrió entre el 23 de julio y el 24 de agosto de 2010.

No cree la Sección que deba ahondar en el carácter de función pública que ostenta el arbitramento³⁸, pues es claro que la administración de justicia es una típica función del Estado, como expresamente lo indica el artículo 228 de la Constitución, que de forma permanente se presta a través de la rama judicial compuesta por los funcionarios y empleados judiciales y que, temporalmente y por expresa disposición del artículo 116 de la Constitución, los particulares pueden ser investidos de esa facultad que es de la esencia de todo Estado de Derecho, en su condición de árbitros para dictar fallos en derecho o equidad.

La habilitación la hacen las partes en los términos de la ley, las cuales sustraen del conocimiento de los jueces un caso específico, para que sean unos particulares designados por ellos, los que estudien y resuelvan su controversia mediante una decisión que, al igual que las providencias que dictan los funcionarios judiciales, hacen tránsito a cosa juzgada y prestan mérito ejecutivo.

Esa autorización es únicamente para el proceso respectivo, y tiene inicio cuando el árbitro toma posesión del cargo y termina una vez cobra ejecutoria el laudo o, cuando aquél cesa en el ejercicio de la función por un hecho diferente a la terminación del arbitramento. En consecuencia, para determinar el período en que un particular ejerce dicha función se requiere conocer las fechas de posesión y de culminación del arbitramento o de cese del encargo por causa diferente a la ejecutoria del laudo; el período entre esos dos momentos determinará el tiempo de ejercicio de aquella.

Por tanto, no es de recibo el argumento del demandante en uno de los memoriales allegados al expediente (*f1680*), en el sentido según el cual sólo se puede tener como tiempo de ejercicio de esta función, aquel en el que efectivamente se reúnen los árbitros para la adopción o discusión de una decisión, pues ello desconocería que el árbitro queda investido de la función pública de administrar justicia desde el mismo momento en que toma posesión y se despoja de ella en los eventos reseñados, sólo que su investidura es para un caso específico y concreto. En consecuencia, a partir de ese momento el particular adquiere todas las potestades, obligaciones y deberes de quienes administran justicia, así como las inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses en relación con el caso sometido a su conocimiento, lo que *per se* lo convierte en un sujeto disciplinable

³⁸ Son múltiples los fallos de la jurisdicción constitucional y contencioso administrativa que así lo han reconocido, entre otras, C-431 de 1995; C-036 de 1996; C-330 de 2000 y C-014 de 2010. Antes de la Constitución de 1991, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 42 del 21 de marzo de 1991 se refirió al tema.

en los términos del párrafo segundo del artículo 56 de la Ley 734 de 2002, según el cual:

“Parágrafo 2°. Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado.”

El árbitro se asimila en un todo al juez y, por tanto, no es posible aceptar la tesis del demandante en el sentido que, tratándose del arbitramento, únicamente se deba contabilizar como tiempo efectivo de ejercicio de la función pública, aquel en que se reúne el respectivo tribunal, pues ello sería desconocer que el árbitro durante todo el tiempo de su habilitación será el juez de la causa, potestad que lo acompaña durante todo el tiempo de su ejercicio y no sólo cuando se reúne a decidir. Si ello fuera así, no tendría aplicación el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, y por tanto, estaría facultado para contratar con la contraparte, actuar en otro litigio en contra de quien lo designó, etc.

En ese orden de ideas, está demostrado que la doctora Sandra Morelli Rico al momento de ser postulada por el Consejo de Estado y, por supuesto, de su elección por el Congreso de la República, cumplía con los requisitos constitucionales y legales para ejercer el cargo de Contralora General de la República, por cuanto la exigencia de desarrollo de función pública por un período no inferior a 5 años la satisfizo con su sola participación en los once (11) tribunales en los que fungió como árbitro, lo que le permitió acreditar **7 años, 5 meses y 17 días** de ejercicio de función pública, que sumados a los **7 meses y 15 días** en el cargo que ocupó en el Ministerio del Interior y de Justicia eran suficientes para demostrar en exceso el requisito de los cinco (5) años de ejercicio de función pública que el legislador impuso para el desempeño del cargo de Contralor General de la República.

Queda demostrado probatoriamente, entonces, que la doctora Morelli Rico ha ejercido función pública por más de 8 años, 1 mes y 2 días, discriminados así:

Descripción	Nombre	Tiempo de
-------------	--------	-----------

		desempeño
Cargo Público	Director Técnico de Ministerio	7 meses y 15 días
Función Pública	Arbitro	91 meses y 17 días
	Total	98 meses y 32 días

El período hasta aquí contabilizado, por sí solo, desvirtúa el cargo de la demanda, pues no es cierto que la actual Contralora General de la República no cumpliera los requerimientos legales para ejercer el cargo cuando tomó posesión de él.

En consecuencia, considera la Sala que no es necesario seguir adelante en el análisis de las demás actividades que desempeñó la doctora Morelli Rico, porque está comprobado que sí cumplía los requisitos para desempeñarse en la función para la que fue designada por el Congreso de la República. Por tanto, la Sala no entrará a estudiar si la posición de Director Jurídico de la Federación Nacional de Cafeteros, que desempeñó la doctora Morelli Rico entre el 1 de diciembre de 1998 y el 31 de enero de 2008, implicó o no el ejercicio de función pública, como tampoco su paso por la Comisión Nacional de Doctorados y Maestrías.

Lo expuesto, lleva a la Sección al convencimiento que el cargo de la demanda por incumplimiento por parte de la doctora Sandra Morelli Rico de los requisitos legales para ocupar el cargo de Contralora General de la Nación no puede prosperar y, en consecuencia, no procede la declaración de nulidad de la elección que elevó el ciudadano Diego Armando Carvajal Bríñez.

2.6.3.3. No obstante la conclusión anterior, la Sala quiere llamar la atención sobre algo que pone de presente el demandante y el coadyuvante y se relaciona con la circunstancia según la cual cuando la doctora Sandra Morelli Rico presentó su nombre a consideración del Consejo de Estado para hacer parte de la terna de la cual se elegiría Contralor General de la República, según convocatoria que efectuó la Corporación el 27 de abril de 2010 (*fl*258), aquella sólo acompañó a su extensa hoja de vida, que presentó el 3 de mayo de 2010 (*fl* 264), los certificados de antecedentes fiscal, disciplinario y penal; una constancia suscrita el 3 de abril de 2010 por el Líder de Gestión Humana de la Federación Nacional de Cafeteros en la que señala que la postulante desde el 1 de diciembre de 1998 hasta el 31 de enero de 2008 fungió como Directora de la División Jurídica de esa entidad y otra

suscrita por el Gerente General de los Almacenes Generales de Depósito de Café S.A, sobre el contrato de prestación de servicios de asesoría gerencial en asuntos jurídicos, suscrita el 3 de mayo de 2010, es decir, que con estos documentos no probó cumplir los requisitos mínimos para ejercer el cargo para el cual se postuló.

Efectivamente, de las pruebas allegadas al proceso (*fls 525 a 535*), específicamente las que fueron remitidas por el Secretario General del Consejo de Estado en cumplimiento del auto de pruebas de 11 de abril del año en curso, se evidencia que ciertamente la doctora Morelli Rico sólo adjuntó las dos certificaciones a las que se hizo referencia en el párrafo anterior, las que fueron suficientes para que las Salas de Gobierno y la Plena de la Corporación entendieran que la candidata cumplía los requisitos de ley. No obra en el expediente las razones que sustentaron ese convencimiento, sin embargo, el hecho de que para la época de su postulación la doctora Morelli Rico no hubiera aportado otros documentos para acreditar el ejercicio de actividades que comportaran el ejercicio de función pública diferentes a los descritos, por ejemplo, la certificación de la Cámara de Comercio, ese hecho, por sí mismo, no tiene la virtualidad de enervar la validez y la eficacia de la postulación y posterior elección, pues como quedó probado, la postulada sí satisfacía los requerimientos constitucionales y legales desde el mismo momento en que presentó su nombre a consideración de esta Corporación para desempeñarse como titular en el órgano de control fiscal.

Sobre este particular, al igual que se hizo para resolver el primer cargo de la demanda, se repite que la jurisprudencia constante de la Sección es clara en señalar que sólo procede la nulidad de los actos de elección por las causales genéricas del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo cuando el acto se expide inobservado las formalidades y trámites *determinantes* para la decisión definitiva, omisión que debe afectar no solo la transparencia del proceso sino sus resultados³⁹.

Del expediente, se desprende, igualmente, que la postulante allegó a la Presidencia del Congreso de la República una serie de certificaciones para probar el ejercicio de función pública, según consta en la contestación que al auto del 11 de abril pasado dio a la Comisión de Acreditación Documental del Congreso de la República (*fls 538 a 540*), en la que se señala que esa dependencia tuvo la

³⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Quinta, sentencia del 24 de noviembre de 2005. Radicación 52001233100020030177301 (3856). Consejero Ponente

oportunidad de examinar antes de la elección de Contralor General de la República, y en relación con la doctora Morelli Rico, entre otros documentos, las constancias expedidas por: **i)** el Ministerio del Interior y de la Justicia, del 9 de julio de 2010, **ii)** Almacafé S.A. de 22 de junio de 2010, y **iii)** el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio del 12 de agosto de 2010.

Igualmente, es de resaltar que la mencionada Comisión buscó el concepto del Departamento de la Función Pública sobre si la actividad de los árbitros de los centros de Arbitraje y Conciliación se podía calificar como función pública, duda que fue absuelta en oficio del 19 de agosto de 2010, unas horas antes a la elección del Contralor General de la República para el período 2010-2014. Sin embargo, el 18 de agosto, según obra en la Gaceta del Congreso No. 523 de 2010 (*fl 554*), la Comisión ya había conceptuado sobre el cumplimiento de los requisitos por los tres candidatos y se refirió específicamente a la observancia del requerimiento específico de ejercicio de función pública por particulares por el ejercicio del arbitramento, lo que le permitió dar el visto bueno sobre el cumplimiento de las exigencias constitucionales y legales por los tres aspirantes para desempeñar el cargo de Contralor General de la República.

Lo dicho hasta aquí le permite a la Sección desechar el tercer cargo de la demanda, porque la doctora Sandra Morelli Rico sí cumplía, al momento de su postulación por el Consejo de Estado y la elección por el pleno del Congreso de República, los requisitos para desempeñarse como Contralor General de la República.

2.6.3.4. Finalmente, no sobra anotar que no le asiste la razón al coadyuvante cuando afirma en su escrito de coadyuvancia que la doctora Morelli Rico estaba inhabilitada para ejercer como Contralora General de la República, por haber ocupado **cargo público del orden nacional** en el año inmediatamente anterior a la elección, pues, pese a que se le había advertido que ésta era una nueva acusación frente a la demanda que instauró el ciudadano Carvajal Bríñez, nada impide señalar que los cargos públicos son aquellos que generan un vínculo subjetivo con el Estado a través de las distintas formas de sujeción que se describen en artículo 123 constitucional.

En el caso en análisis está demostrado que la doctora Morelli Rico sólo ejerció un cargo público antes de su elección como Contralora General de la República y fue el que desempeñó en el Ministerio del Interior y Justicia como Director Técnico de

Ministerio, entre el 27 de enero de 1994 hasta el 11 de septiembre de 1994, es decir, mucho años antes de su elección como Contralora General de la República.

Ahora bien, el que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, la hubiese elegido como conjuez, según Acta 006 de febrero 22 de 2010 (*fls 659 a 670*), esa designación no la inhabilitaba para ejercer el cargo de Contralora General de la República por tres razones fundamentales, la primera, porque los conjueces son particulares que ejercen temporal o transitoriamente la función jurisdiccional, ante la impedimento del juez natural para adoptar una decisión en un caso concreto, y del hecho que tomen posesión por una sola vez y se entienda que a partir de ella puedan ser sorteados cuando se les requiera, artículo 99 A del Decreto 01 de 1984, no se colige que ejerzan y se reputen *per se* servidores públicos, pues su naturaleza jurídica se ajusta mucho más a la de particulares investidos transitoriamente de la potestad de administrar justicia y acompañar al juez impedido o recusado en la toma de la decisión⁴⁰, la segunda, porque durante los meses que estuvo como conjuez no fue sorteada para decidir en caso alguno y una vez electa Contralora General de la República, renunció a esa designación, y tercera, porque el ejercicio de esa dignidad por tratarse del Tribunal Administrativo no era del ámbito nacional. En consecuencia, no se configuró la inhabilidad del artículo 267 de la Constitución.

Igual consideración merece el que hubiere fungido como árbitro hasta el 24 de agosto de 2010, porque esta función pública, al igual que la de conjuez, no implica el ejercicio de un cargo sino de función pública, no proscrita por el precepto constitucional en comento. Por tanto, era razonable y así lo entiende la Sala, que una vez electa la doctora Morelli Rico como Contralora General de la República, haya presentado inmediatamente renuncia al tribunal de arbitramento en curso, la que se aceptó el 24 de agosto, es decir, 5 días después de su elección. Hecho éste que no la inhabilitaba para ejercer el cargo para el cual fue nombrada.

2.7. Conclusiones

La Sala de Sección, después de analizar los cargos de la demanda de la referencia puede señalar lo siguiente:

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO. Sala Pena, sentencia de 25 de agosto de 1967. Consejero Ponente, doctor *Enrique Acero Pimetel*.

2.7.1. La antelación con la que un órgano de elección popular debe citar a sus miembros para ejercer la función electoral asignada por la Constitución o la ley, sólo comporta la nulidad de la elección que se llegue a verificar si se comprueba que se desconoció la finalidad de dicho aviso previo, que es, entre otros, la deliberación, la reflexión y la toma de decisión por parte de las distintas fuerzas representadas en aquél.

2.7.2. El voto secreto para el ejercicio de la función electoral en los órganos de representación popular, a partir de la Ley de Bancadas, debe reinterpretarse y adecuarse a ella.

2.7.3. Para el ejercicio del cargo de Contralor General de la República, el requisito de ejercicio de función pública por un término no inferior a 5 años, que exige la Ley 42 de 1993 se puede comprobar con el desempeño de un cargo o empleo público o por el desarrollo de actividades que comporten el ejercicio de función pública, en los términos de los artículos 116, 123 y 210 de la Constitución. Las entidades que postulan y eligen deben ser muy cuidadosas al momento de analizar el cumplimiento de este requisito, pues no todas las actividades *per se* implican el ejercicio de aquella.

III. DECISION

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

FALLA:

NIEGENSE las pretensiones de la demanda.

En firme este fallo archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero Ponente

CARLOS ENRIQUE MARIN VELEZ
Conjuez

GILBERTO OROZCO OROZCO
Conjuez

ANTONIO JOSE LIZARAZO OCAMPO
Conjuez