

LEGITIMACION EN LA CAUSA - De hecho y material / LEGITIMACION DE HECHO - Se establece a partir de la relación procesal que el petitum y la causa petendi generan entre las partes procesales / LEGITIMACION MATERIAL - Responde al criterio de efectividad, esto es, a la participación real de las personas en la situación jurídica que da origen a la demanda

La legitimación en la causa se concibe desde dos vertientes: la llamada legitimación de hecho y la material. La primera, la de hecho, se establece a partir de la relación procesal que el petitum y la causa petendi generan entre las partes procesales, concretamente, el demandante y demandado; es decir, se está en el típico terreno de la relación jurídica procesal únicamente. En cambio, la legitimación material responde al criterio de efectividad, esto es, a la participación real de las personas en la situación jurídica (acto, hecho, conducta etc.) que da origen a la demanda, sin importar si accionó o no, para el caso del demandante, o si fue demandado o no, cuando se trata de la parte pasiva. En principio se puede decir que todas las personas serían potencialmente legitimadas de hecho, porque corresponde al demandante citar y hacer concurrir a quienes considera serán sus demandados, pero ello, es un estadio a priori devenido exclusivamente desde la óptica y el querer del demandante, que encontrará el primer gran filtro en el análisis que el operador jurídico hace para la admisión de la demanda, tendiente a que se revele quién en realidad es el legitimado o los legitimados materialmente, es decir, quiénes participaron realmente en la causa que dio origen al escrito demandatorio. Y luego puede ser enriquecida o no con la contestación de la demanda o con las postulaciones de los terceros e incluso del Ministerio Público, dependiendo de la información que suministren al juez. No existe debida legitimación en la causa cuando el actor es persona distinta a quien le correspondía formular las pretensiones o cuando el demandado es persona diferente a quien debía responder por la atribución hecha por el demandante. Es decir, que en el proceso de nulidad electoral, la legitimación por activa es universal, en atención al carácter público, como en forma expresa lo consagra el artículo 227 del CCA en los términos de “podrá cualquier persona ocurrir en demanda”. En cuanto a la legitimación por pasiva, debe mirarse la precisa situación que se enjuicia o se demanda, pero en forma sui generis la normativa que regula el proceso sólo prevé dos notificaciones personales: una, al Ministerio Público que acude en calidad de Agente del ente de control y para el ejercicio de sus competencias legales y constitucionales y, la otra, al nombrado o elegido, que podrá ser plural cuando se requiera nuevo escrutinio, a consecuencia de la declaratoria de nulidad por causales objetivas (inc. 2, num. 4 Art. 233 ib). Se afirma que es especial o sui generis porque el contencioso electoral no sigue la regla general contencioso administrativa que dispone que tratándose de los procesos en los que se juzga la legalidad del acto administrativo, la máxima procesal es que el “demandado” sea quien expidió el acto y, por ende, es quien deba concurrir a defender la legalidad de su manifestación de voluntad, siendo entonces el legitimado material de la acción de nulidad o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA - El legitimado por pasiva y sujeto procesal de imprescindible presencia en este proceso es el elegido / TERCERO INTERVINIENTE - Las corporaciones ternantes y el órgano elector

Descendiendo al caso particular, se tiene que la demanda original legitimó de hecho sólo al Contralor elegido y solicitó “enterar” al Presidente del Concejo Distrital. Nunca mencionó a ninguno de los Tribunales. Es en la reforma de la demanda que en las pretensiones se solicitó la nulidad de la expresión “por el resto del período” consignada en los Acuerdos de los Tribunales Administrativo de Cundinamarca y Superior del Distrito Judicial de Bogotá, actos por medio de los

cuales ambas corporaciones judiciales convocaron a los interesados a integrar las ternas de candidatos a la Contraloría de Bogotá y solicitó notificarlos. De tal suerte que las Corporaciones Judiciales fungieron como ternantes de los candidatos a disputarse el cargo de Contralor Distrital, conforme a las competencias legales a ellas asignadas y, como ya se dijo al iniciar estas consideraciones, estos actos bien se sabe no pueden conocerse por pretensión autónoma ni escindida del acto declaratorio de elección, al actor no le era necesario pretender la nulidad de los mismos sino simplemente y en caso de que advirtiera que el vicio proviene de éstos e irradió y afectó la declaración de la elección, debió argumentarlo en el concepto de la violación. Bajo esa misma cuerda, se considera que el acto declaratorio de la elección es el que gobierna la figura procesal de la legitimación en la causa y según las previsiones del C.C.A., aplicable en este evento por cuanto la demanda se presentó el 8 de junio de 2011, el real legitimado por pasiva y sujeto procesal de imprescindible presencia en este proceso es el elegido, como en efecto, ha concurrido a esta causa. No obstante, los demás protagonistas: Concejo Distrital como órgano elector y Tribunales Administrativo y Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como corporaciones ternantes, tienen la facultad de concurrir al proceso como terceros interesados en defender la legalidad de su actuar. De tal suerte, que como la decisión del Tribunal a quo campeó los terrenos de la legitimación material en la causa, la obligación del operador jurídico era depurar el proceso y no permitir que los partícipes de la justa judicial estuvieran clasificados en posiciones procesales que no les corresponden y, en tal sentido, la Sección Quinta considera acertada la decisión de tenerlo como tercero interviniente y de ahí su legitimación para permanecer en el proceso.

NULIDAD ELECTORAL - De la expresión por el resto del período contenida en el acto de elección del Contralor Distrital / CONTRALOR DISTRITAL - Falta absoluta / FALTA ABSOLUTA DE CONTRALOR DISTRITAL - Se debe acudir a las normas aplicables a los municipios en materia de reemplazo / CONTRALOR DISTRITAL - En casos de falta absoluta deberá realizarse nueva elección de nueva terna y para el período restante

El régimen especial con el que fue cobijado el Distrito Capital a partir del artículo 322 de la Constitución Política hace que su bloque normativo sea regentado por la Carta Política, la ley especial y a falta de éstos por las normas generales aplicables a los municipios. Ello implica que en el tema del Contralor Distrital, a falta de disposición constitucional expresa, se aplique el régimen especial, pero como éste ya no cuenta con la norma que regulaba en forma puntual el tema de la elección del Contralor Distrital -aunque se recuerda que esta guardaba silencio sobre la falta absoluta, el reemplazo y el período del reemplazo- pues desapareció del mundo jurídico por derogatoria expresa que del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 hiciera el artículo 97 de la Ley 617 de 2000, lo razonable es acudir a las normas aplicables a los municipios en materia de reemplazo por falta absoluta. Para el caso del Contralor, existe una norma específica en la Ley 136 de 1994, cuyo tenor es el siguiente: "Artículo 161. Régimen del Contralor Municipal. (...) "En los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del Concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría". (...) En casos de falta absoluta deberá realizarse nueva elección, de nueva terna y para el período restante". Esa disposición, como se observa, regula en forma expresa y específica la situación de falta absoluta y las condiciones de elección y de período para el caso del reemplazo del sustituido que solo por el período restante. Valga aclarar que la Sección Quinta no comparte la interpretación que la sentencia de primera instancia hizo de la expresión "según el caso", en tanto en realidad no se refiera a nada distinto de los niveles departamental, municipal y/o distrital y no a

las situaciones temporo espaciales del ejercicio del cargo, lo cierto es que para el Consejo de Estado esa imprecisión no permite quebrar la sentencia porque está sustentada en otros extremos fundamentales que esta Sala considera acordes a derecho como ya se ha explicado a lo largo de estas consideraciones. Aunque no desconoce la Sala que el cargo del Alcalde Mayor es de elección popular, la tesis del apelante parece combinar y escindir los apartes más convenientes para propender porque su período como Contralor Distrital sea el de 4 años. En tanto, se pretende la aplicación de los 4 años trayendo la remisión al período del Alcalde Mayor, sin tener en cuenta las normas específicas que sobre el reemplazo del Alcalde Mayor disponen que el cargo se ejerza por lo que resta del período. Además, buscó apoyó en el antecedente del período del Fiscal General de la Nación, pero exclusivamente en el carácter personal del período y en la visión misional del cargo, obviando otros argumentos que fueron pilares fundamentales de la decisión tales como: la pertenencia del cargo del Fiscal a la Rama Judicial y, por ende, su regulación mediante la Ley de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996); el pronunciamiento previo de la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía (Ley 938 de 2004), normativas estas que son de específica aplicación al cargo del Fiscal General de la Nación y que permitieron definir su período en 4 años, pero que no son aplicables al caso del Contralor Distrital, que es el asunto que, en esta oportunidad, ocupa la atención de la Sala. Las anteriores razones llevan a la Sección Quinta a confirmar la sentencia apelada.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 161

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., seis (6) de febrero de dos mil catorce (2014).

Radicación número: 25000-23-31-000-2011-00341-04

Actor: JOSE IGNACIO LACOUTURE ARMENTA

Demandado: CONTRALOR DISTRITAL DE BOGOTA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo proferido el 22 de agosto de 2013 por la Sala de Conjuces de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que declaró ajustada a la Constitución y a la ley, la expresión “por el resto del período legal 2008-2011” contenida en los actos demandados, y negó las súplicas de la demanda.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

Con la demanda se solicitó¹:

“1.- Que se declare nula la expresión “por (sic) resto del período legal 2008-2011” del acto administrativo contenido en el Acta No. 024 de fecha 11 de mayo de 2011, por medio de la cual se eligió al señor **MARIO SOLANO CALDERON**, como Contralor Distrital, de conformidad con lo establecido en el artículo 161 de la Ley 136 de 1994.

2.- Que igualmente son nulas las mismas, similares o idénticas expresiones consignadas en los Acuerdos Nos. 001 del 8 de marzo de 2011, aclarado por el Acuerdo 002 del 15 de marzo de 2011, expedidos por la Sala de Gobierno del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y el Acuerdo 008 de 2 de marzo de 2011, proferido por la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, actos estos por medio de los cuales ambas Corporaciones Judiciales convocaron a los interesados a integrar la terna de candidatos a la Contraloría de Bogotá, advirtiendo que era por el resto del período 2008-2011, en reemplazo del Doctor **MIGUEL ANGEL MORALESRUSSI**, destituido por la Procuraduría General de la Nación; por ser parte del mismo acto administrativo complejo, de elección del Contralor Distrital de Bogotá, limitando su período constitucional de cuatro años a un tiempo mucho menor de 9 meses.

3.- Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene librar las comunicaciones del caso dando cuenta de la correspondiente decisión, a los señores Alcalde y Presidente del Concejo de Bogotá D.C y a los Presidentes de los Tribunales Superior de Distrito Judicial de Bogotá, y Administrativo, de Cundinamarca, para todos los efectos a que haya lugar.” (Resaltado del escrito).

2.- Fundamentos de Hecho

Como fundamentos fácticos, la demanda afirmó que:

2.1. El Concejo Distrital de Bogotá eligió al señor Miguel Angel Moralesrussi Contralor Distrital para el período comprendido entre el 1° de marzo de 2008 y el 1° de marzo de 2012, quien posteriormente fue investigado y destituido el 25 de febrero de 2011 por la Procuraduría General de la Nación.

¹ Pretensiones tomadas del escrito de reforma de la demanda presentado por el actor el 26 de julio de 2011, obrante a fls. 127-138.

2.2. Los Tribunales Administrativo de Cundinamarca y Superior de Bogotá, abrieron convocatoria para la escogencia de los candidatos que integrarían la terna para la elección del nuevo contralor quien remplazaría por el período restante al Contralor destituido.

2.3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante Acuerdo No. 001 del 8 de marzo de 2011, aclarado por el Acuerdo No. 002 del 15 de marzo de 2011 propuso al señor Mario Solano Calderón. Por su parte, el Tribunal Superior de Bogotá, por Acuerdo 008 de 2 de marzo de 2011, ternó a los señores Diego Ardila Medina y Clara Inés García.

2.4. De dicha terna, el Concejo Distrital de Bogotá, en Acta 024 del 11 de mayo de 2011, eligió Contralor Distrital al señor Mario Solano Calderón, por el resto del período para el cual había sido elegido el destituido señor Moralesrussi y no para un período igual al del Alcalde Distrital.

3.- Normas Violadas y Concepto de Violación

Afirmó el demandante que la expresión “por el resto del período legal 2008-2011” contenida en el Acta No. 024 del 11 de mayo de 2011, por medio de la cual se eligió al señor Mario Solano Calderón como Contralor Distrital, desconoce las normas que a continuación se señalan como violadas.

Explicó que si al Distrito Capital le son aplicables en forma específica las normas previstas en la Constitución (Arts. 322 a 327) al igual que leyes especiales como el Decreto 1421 de 1993, “de igual forma la elección del Contralor Distrital de Bogotá debe regirse por estas normas especiales y no por las generales dictadas para los otros distritos y municipios del país”.

Sostuvo que conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, solamente en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales para la ciudad de Bogotá, puede el operador remitirse a las disposiciones vigentes para los municipios, en tanto tienen un carácter supletorio y no complementario.

Adicionó que el Decreto 1421 de 1993, norma especial, disponía en su artículo 106 que la elección del Contralor de Bogotá sería para un período igual al del Alcalde Mayor, pero fue derogada por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, sin que

se hubiera previsto un nuevo régimen especial. No podía por ello invocarse en la elección del Contralor Solano Calderón, una facultad legal ordinaria prevista en el artículo 161 de la Ley 136 de 1994, alusiva al régimen aplicable al Contralor Municipal, pero no al Contralor Distrital.

Afirmó que “no existe vacío legislativo con la derogatoria que del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 hiciera el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, sin que se hubiera previsto expresamente un nuevo régimen especial, porque esta disposición legal especial se limitó en el caso de la elección del Contralor Distrital de Bogotá, a replicar el inciso cuarto del artículo 272 superior...”.

Aseguró que si bien el Concejo de Bogotá tiene competencia para elegir al Contralor Distrital, no la tiene para elegirlo solo por el resto del período de su antecesor. Que para el Concejo de Bogotá no está contemplada, en ninguna norma especial constitucional o legal, la atribución de regular el período del funcionario, así que se presentó usurpación de una competencia de origen legal, porque está atribuida a los Concejos Municipales y Distritales excluido el de Bogotá. Agregó que no se consignó expresa o tácitamente que para el caso de faltas absolutas la elección de contralor Distrital se integrara una nueva terna para el período restante.

Adujo que las normas constitucionales no han previsto coincidencia de períodos en el tiempo “sino el ejercicio del cargo por un tiempo proporcional o igual al de otro funcionario; es decir, la remisión al período del alcalde tiene el alcance de fijar cuantitativamente el período del contralor, independientemente de cuándo comience o cuándo termine porque se trata de un período individual de cuatro años fijado por la misma Constitución Política en su artículo 272, inciso cuarto, en concordancia con el artículo 322”, razón por la cual no aplica lo consignado en el artículo 6º del Acto Legislativo 01 de 2003 como tampoco lo previsto en el artículo 16 del Decreto 1421 de 1993, “toda vez que esta norma hace referencia a los funcionarios distritales de Bogotá, distintos del Contralor Distrital, que debe elegir el Concejo en las sesiones ordinarias correspondientes a la iniciación del período constitucional de los respectivos concejales, porque si la elección de aquel es por período (sic) individuales de cuatro años, no puede hacerse en ningún caso, por el resto de lo que falte del mismo período.”.

Finalmente, citó la providencia del 25 de noviembre de 1997 del Consejo de Estado -sin especificar más datos-, en la que se definió qué debe entenderse por períodos institucionales, afirmando que el período del Contralor Distrital lo es y que legalmente está señalada su duración, pero no su fecha de iniciación, razón por la cual “comienza siempre al tomar posesión la persona que entra a ejercer el cargo a diferencia de lo que sucede con el período institucional; razón por la cual es entendido que quien reemplace al contralor, en iguales circunstancias, debe ser elegido para un nuevo período de cuatro años, independientemente del tiempo transcurrido en el ejercicio del cargo por el anterior contralor, porque la previsión constitucional así lo ordena, y también así lo ha atendido... la jurisprudencia de la Corporación en sentencia del 30 de noviembre de 1995, proferida por la Sala Contencioso Administrativa, cuando consideró respecto del período del Fiscal General que está indicado en el artículo 249 de la Constitución Política que: el Fiscal General de la Nación será elegido para un período de 4 años... y por no tener fijada fecha de inicio el período este debía entenderse como individual... lo cual sucede en los mismo (sic) términos con el contralor distrital”.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca contestó la demanda por intermedio de su Presidente, en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Estimó que el artículo 125 de la Constitución Política, en lo pertinente al carácter institucional de los períodos consagrados constitucional o legalmente para cargos de elección (sea de carácter popular, cuerpos colegiados o se trate de la intervención de varias autoridades en un proceso de postulación y designación), dispone que la elección del reemplazo debe efectuarse por el resto del período. Además, esta disposición es de aplicación general, en tanto está ubicada en el capítulo de la Función Pública. Citó los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 12 de marzo de 2012 (radicado 2012-00022-00 2095); de 8 de junio de 2006 (radicado 1743) a propósito de los magistrados del CNE y el Registrador Nacional del Estado Civil y de 6 de diciembre de 2007 (radicado 1860) respecto de los miembros de la CNTV.

Lo anterior concuerda con el carácter amplio que la Corte Constitucional le dio a la expresión “cargos de elección” en la sentencia C-559 de 2004, la que refiriéndose al artículo 125 superior tuvo en cuenta que la exposición de motivos de esta

modificación solo se refirió a la “designación de servidores públicos y periodos institucionales” para ubicarlo en el capítulo de la función pública, con lo cual se evidencia el carácter amplio de la disposición, que sería diferente y restringido si la norma sistemáticamente hubiera sido ubicada en el capítulo de elecciones y de la organización electoral (arts. 258 y siguientes).

Consideró aplicable el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 porque siendo norma supletoria, es la llamada a regular la situación del período del reemplazo por la falta absoluta del Contralor, en tanto no existe norma expresa en el régimen especial del Distrito Capital, así que la elección debe hacerse por el período restante.

Propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto argumentó que si bien los Acuerdos 1 y 2 de 8 y 15 de marzo de 2011 fueron proferidos por la Sala de Gobierno del Tribunal, lo cierto es que de conformidad con el artículo 99 numeral 8 de la Ley 270 de 1996, el Director Ejecutivo de Administración Judicial, en los procesos judiciales, es el representante de la Nación - Rama Judicial (fls. 424 a 426 vto.).

2. El Distrito Capital, por medio de apoderado, contestó la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones en el entendido de que es el mismo artículo 2 del Estatuto Orgánico de Bogotá el que dispuso la aplicación de la regulación para los municipios, en armonía con el artículo 322 superior que consagró que la regulación para el Distrito sería la que determine la Constitución, las leyes especiales y las disposiciones vigentes para los municipios.

Lo cierto es que ni el artículo 322 mencionado, ni los artículos 105 y 107 a 113 del Decreto 1421 de 1993 contienen regulación sobre el tema de las faltas absolutas del Contralor Distrital, por tanto, es obligatorio acudir a las disposiciones generales consagradas en la Ley 136 de 1994 (art. 161), en armonía con el art. 16 del Estatuto Orgánico de Bogotá y el Reglamento Interno del Concejo Distrital (Acuerdo 348 de 2008, art. 109).

El artículo 104 del Acuerdo precitado consagra que el Concejo Distrital elige Contralor y Personero Distrital y que “siempre que por cualquier circunstancia se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso que haga falta” (Subrayas fuera de texto).

El Reglamento del Concejo vigente para la época de la elección, esto es, el Acuerdo 20 de 1994, el cual en su artículo 91 disponía que la elección del Contralor se efectuaría en sesiones del Concejo Distrital del mes de noviembre del año inmediatamente anterior al de su posesión y en el parágrafo 2 disponía que en caso de vacancia del cargo, la elección del reemplazo se entendería realizada por el resto del período.

La elección prevista en el Reglamento para el mes de noviembre fue anulada por el Consejo de Estado, por estar en contravía del artículo 16 del Decreto 1421 de 1993 que ordenó que la elección se hiciera en las primeras sesiones ordinarias siguientes a la iniciación del periodo constitucional, esto es, el primer día calendario del mes de febrero. En esta norma también se dispuso que la elección del reemplazo del Contralor debía entenderse por el tiempo que faltare del período para el cual fue elegido el Contralor reemplazado.

Finalmente, invocó el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 9 de diciembre de 2011. Radicación 2011-0091, referente al concepto de período personal y período institucional (fls. 416 a 423).

3. El elegido señor **Mario Solano Calderón** declinó expresamente su derecho a contestar la demanda. Agregó que como no lo notificaron personalmente, se da por notificado por conducta concluyente (fl. 435).

4. El Tribunal a quo, a través de su Sala de Conjueces, mediante auto de 25 de abril de 2013 ordenó tener también como demandado al Dr. Mario Solano Calderón, a quien ordenó notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda, para luego fijar el negocio en lista (fls. 437 a 439).

III.- ALEGATOS DE CONCLUSION EN PRIMERA INSTANCIA

1.- De la actora

La parte demandante solicitó acceder a las pretensiones de la demanda y tener en cuenta las consideraciones del reciente fallo proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 16 de abril de 2013 (radicado 00027 de 2012) en el cual se declaró ajustada a derecho la elección del Fiscal General de la Nación “por

el período constitucional y legal que corresponda en el entendido de que el período por el cual se eligió es de cuatro años”.

Se decantó por la preponderancia en la aplicación del Decreto 1421 de 1993 y en la aplicación supletiva de las normas municipales. En esencia, reiteró los argumentos de la demanda para sostener que el período del Contralor que se nombra en reemplazo de quien entra en vacancia absoluta en el ejercicio del cargo es de cuatro años (fls. 454 a 458).

2.- Del Distrito Capital

En la etapa de alegatos, el apoderado del Distrito Capital explicó con base en las normas invocadas en la contestación de la demanda, que el período del Contralor que se elige en reemplazo del antecesor es solo por el resto del período y no por cuatro años como lo pretende el demandante. Defendió la decisión del Concejo Distrital de elegir al señor Mario Solano por el resto del período, por cuanto resulta aplicable el parágrafo del artículo 125 de la Constitución. Por lo demás, reiteró los argumentos de la contestación de la demanda (fls. 459 a 460 vto).

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN PRIMERA INSTANCIA

El Procurador Décimo Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca intervino en el asunto a favor de la elección demandada. No compartió los planteamientos de la demanda. Explicó que la representación legal del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Tribunal Superior de Bogotá está a cargo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial.

Reiteró los planteamientos que ya había manifestado en el concepto que rindió antes de la decisión de anulación de todo el proceso decretada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en auto de 10 de diciembre de 2010, por haber dado a la demanda un trámite diferente, es decir, en vez de impartir el procedimiento de la acción de nulidad electoral, el Tribunal a quo empleó el de la nulidad simple.

Explicó que dado que la Constitución Política de 1991 no tiene disposición expresa sobre el punto, es necesario remitirse al artículo 2° del Decreto 1421 de 1993 y, en ausencia de norma especial, debe aplicarse el inciso 5° del artículo 161 de la Ley

136 de 1994 que dispone que en el evento de falta absoluta de un contralor, su reemplazo se elegirá por el período restante. Además, el artículo 194 de la Ley 134 de 1994, respecto de los distritos, dispuso que: “en cuanto no pugne con las leyes especiales, la presente ley se aplicará a los distritos”.

Indicó que las orientaciones de la Sala Plena de la Corte Constitucional (sentencia C-198-98) dan razón de que nada justifica que para un evento no regulado expresamente por la Constitución, y no existiendo norma especial para el Distrito Capital, el período de reemplazo de los contralores municipales sea por el término faltante y para el Contralor del Bogotá sea por cuatro años. Y se apoyó en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 9 de diciembre de 2011, radicación 2011-0091 (fls. 461 a 463 vto).

V. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Se trata del fallo proferido por la Sala de Conjuces, de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca fechada el 22 de agosto de 2013, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO. DECLARAR que la expresión **“POR EL RESTO DEL PERIODO LEGAL 2008 - 2011”** contenida en el Acuerdo #001 del 8 de marzo de 2011 Aclarado por el Acuerdo 002 del 15 de marzo de 2011 del Tribunal Contencioso Administrativo, así como en el Acuerdo 008 del 2 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y en el acto administrativo contenido en el Acta #24 del 11 de mayo de 2011 por medio del cual se eligió al señor MARIO SOLANO CALDERON por el Concejo de Bogotá, se encuentran ajustadas a la Constitución Nacional y a la Ley.

SEGUNDO. NEGAR LA NULIDAD solicitada por el Señor JOSE IGNACIO LACOUTURE ARMENTA respecto de la expresión **“POR EL RESTO DEL PERIODO LEGAL 2008-2011”** contenida en el Acuerdo #001 del 8 de marzo de 2011 Aclarado por el Acuerdo 002 del 15 de marzo de 2011 del Tribunal Contencioso Administrativo, así como en el Acuerdo 008 del 2 de marzo de 2011 del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá y en el acto administrativo contenido en el Acta #24 del 11 de mayo de 2011 por medio del cual se eligió al señor MARIO SOLANO CALDERON por el Concejo de Bogotá y declarar por tanto que tal nombramiento se ajustó a la Ley y a la Constitución.

TERCERO. Declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, a quien se tiene como tercero interviniente” (fls. 465 a 487).

Consideró que el problema jurídico a resolver es establecer, según la legislación vigente al momento de los hechos, si ante la elección del reemplazo, la falta

absoluta del Contralor Distrital de Bogotá, se entiende por el tiempo faltante para completar el periodo de quien venía ejerciendo el cargo, o si tal elección se debe hacer por 4 años. Además, determinar si para solucionar dicho problema jurídico, se debe acudir únicamente a las normas constitucionales y especiales del Distrito Capital o si también puede hacerse uso de otras normas.

Se inclinó por el artículo 322 superior que establece el régimen especial para el Distrito Capital, para considerar que también le son aplicables las “disposiciones vigentes para los municipios”.

Por su parte, el artículo 272 ibidem, otorgó la competencia a las Asambleas y Concejos Distritales para la elección de Contralor y dispuso que se elija para período igual al del gobernador o alcalde “**según el caso**”. Es decir, que se pueden presentar diferentes situaciones como la falta absoluta del titular del cargo y, por ende, de nombramiento por período menor a los 4 años.

Con este planteamiento descalificó la afirmación del actor atinente a que el Concejo de Bogotá no tiene facultad para nombrar Contralor Distrital para un período menor a 4 años y lo apunala con la invocación del artículo 104 del Acuerdo Distrital 348 de 2008 (Reglamento interno del Concejo), el cual fue expedido luego de la derogatoria que el artículo 96 de la Ley 617 de 2000 hiciera del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993. Por otra parte, si el referente es el período del Alcalde, lo cierto es que al burgomaestre también se le puede elegir por un período menor de 4 años, máxime cuando es de carácter institucional.

Indicó que el párrafo del artículo 125 superior modificado por el Acto Legislativo 1 de 2003, en el art. 6 dispuso que los periodos establecidos en la Constitución o en la Ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales y quienes sean elegidos para reemplazar la falta absoluta en el cargo del titular, lo harán por el resto del período para el que fue elegido el sustituido.

Agregó que el artículo 272 superior hace referencia al período del Alcalde como parámetro de referencia para la elección de contralores. Por su parte el artículo 323 de la Constitución Política, modificado por el artículo 5° del A.L. 2 de 2002, cuyo inciso primero a su turno fue modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 3 de 2007, en el inciso tercero consagra que el período del alcalde es de 4 años, para luego en el inciso siguiente establecer: “siempre que se presente falta absoluta a más de 18 meses de la terminación del período, se elegirá alcalde

mayor para el tiempo restante. En el caso de que faltare menos de 18 meses, el Presidente de la República designará alcalde mayor para lo que reste del período, respetando el partido...” de lo cual se deduce que si bien el período del Alcalde Mayor es de 4 años, también es elegible por período menor.

Expuso que el artículo 322 Superior, fue la norma sustento para la expedición del Decreto 1421 de 1993, el cual en su artículo 2° consagró que las disposiciones vigentes para los municipios son normas aplicables al Distrito, tal como acontece con el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 que fueron el fundamento de la declaratoria de la elección “por el resto del periodo legal 2008-2011”, es decir, por lo que falta del período institucional y de conformidad con el artículo 6° del A.L No. 1 de 2003, que adicionó al artículo 125 constitucional, el siguiente párrafo: “Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período se entiende efectuada para lo que falte del mismo”.

Por otra parte, indicó que el artículo 16 del Decreto 1421 de 1993 es aplicable a todos los funcionarios del Distrito incluido el Contralor, toda vez que la norma no tiene previsión que excluya a este último de ese contenido.

Se refirió al artículo 161 de la Ley 136 de 1994 que regula el régimen aplicable al Contralor municipal y señala en el inciso sexto: “en caso de falta absoluta deberá realizarse nueva elección, de nueva terna y para el período restante”. Arguyó que si se piensa en una solución diferente se rompería el equilibrio e igualdad funcional, pues no existe razón para que los contralores municipales puedan ser nombrados por el resto del período del titular, mientras que el Contralor Distrital lo sea por 4 años.

Finalmente, consideró que la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva que propuso el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debía declararse probada, toda vez que la representación legal de la Rama Judicial está a cargo de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, según la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, pero que en todo caso, por ser una de las Corporaciones que produjo uno de los actos administrativos contra los cuales se deprecó la pretensión de nulidad “se tendrá su actuación como surtida por un tercero interviniente” y en tal condición se tiene en cuenta la argumentación que expuso (fls. 465 a 486).

VI. RECURSO DE APELACION

El demandante José Ignacio Lacouture Armenta, apeló la sentencia para que se revoque, y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

Criticó al a quo porque dejó de lado las consideraciones principales de la sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado de 16 de abril de 2013 que decidió el proceso de nulidad electoral contra la elección del Fiscal General de la Nación Eduardo Montealegre Lynet, en la que declaró ajustada la elección por el período constitucional y legal, en el entendido de que el período por el cual se eligió es de 4 años.

Siendo un caso con similares circunstancias al que analiza la Sala, este debe solucionarse de la misma forma. En efecto, el inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 322 ibidem, establece que el contralor distrital se elige para el período de 4 años y no para lapso diferente.

Indicó que el artículo 125 superior no es aplicable al caso en debate porque es norma de carácter general y no especial y existe regulación específica para la elección de Contralor Distrital, pues cuenta con período constitucional fijo definido.

La Corte Constitucional ha precisado que la calificación de institucional del período de un cargo de elección tiene alcance siempre que se señale en concreto cuál es el espacio temporal que abarca, las fechas de iniciación y de terminación.

Indicó que para el caso del Contralor Distrital no son aplicables el artículo 6 del A.L. 01 de 2003 ni el artículo 16 del Decreto 1421 de 1993, en tanto refieren a funcionarios del Distrito diferentes al Contralor porque este ya cuenta con un período individual de 4 años y, por ende, su elección no puede realizarse por el resto del período del contralor reemplazado.

No puede aplicarse el artículo 322 superior que fija el régimen especial del Distrito Capital, dar por sentada la adaptación de las normas vigentes para los municipios cuando en el régimen especial exista vacío, por cuanto el Consejo de Estado consideró que las facultades atribuidas a los concejos y alcaldes municipales por los artículos 313 y 315 de la Constitución Política no pueden predicarse ni del Concejo Distrital ni del Alcalde Mayor, porque el régimen del Distrito Capital es

especial, esto es, el Decreto 1421 de 1993 y, por tanto, no puede el Concejo de Bogotá apoyarse en el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 para elegir al Contralor para un período menor a 4 años.

Indicó que no hay vacío legislativo con la derogatoria del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, porque este se limitó a replicar el inciso cuarto del artículo 272 superior “y de esta manera el bloque de constitucionalidad debía recomponerse para que dicho asunto entrara a regularse por el citado precepto al lado del artículo 322 C.P.” y los artículos 105, 107 a 113 del Decreto 1421 de 1993 aún vigentes sobre el tema.

Agregó que la elección debe hacerse por período igual al del Alcalde Mayor, independientemente de las contingencias que puedan surgir para quien ocupe el cargo y de si se trata de período nuevo o período de reemplazo porque no se mira el caso particular de quien lo desempeña sino el período objetivo cuantitativamente considerado. Además, debe darse prelación al bloque de constitucionalidad y no a las normas ordinarias, de conformidad con la sentencia C-950 de 2001.

Las normas constitucionales y legales para los municipios tienen carácter supletorio y no complementario frente al Distrito Capital. Insistió en que los artículos 322 y 272 inciso cuarto superior, regulan de manera suficiente el caso y, por ende, no hay lugar a buscar más complementos normativos, bien de orden constitucional general como lo es el artículo 125 de la Constitución Política y menos de orden legal, en tanto en el régimen ordinario como en el régimen especial contenido en el decreto 1421 de 1993, el período del alcalde es de 4 años, independientemente de cuándo empiece o cuándo termine (art. 272 superior).

Otro argumento de censura:

Dijo apelar la determinación de decidir favorablemente la excepción de falta de legitimidad en la causa por pasiva propuesta por le Tribunal Administrativo de Cundinamarca, porque bien podía haber concurrido como tercero interviniente sin que ello chocara con la representación que en juicio tiene la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial frente a la Rama Judicial (fls. 495 a 498).

Salvó voto uno de los conjuces porque consideró que el estudio del problema jurídico debió partir de esclarecer si en la Constitución Política y en el régimen especial, existen normas que regulen el tema de la elección del Contralor para la Capital, porque en caso de existencia de norma que lo regule, no puede acudir a la normativa para los municipios.

Indicó que en la Constitución Política sí existen normas que permiten definir cuál debe ser la duración del período del contralor elegido por falta absoluta del inicialmente seleccionado para el Distrito Capital. Indicó que al observar el contenido del párrafo del artículo 125 de la Constitución Política, que establece que los períodos establecidos en la Constitución son institucionales y que quienes los reemplacen por falta absoluta lo serán por el resto del período, se refiere a cargos de índole político-electoral, es decir, a los cargos de elección popular y, por ende, no podía ser aplicado al presente asunto al Contralor Distrital.

Consideró que la expresión “según el caso” del artículo 272 superior hace referencia es a las otras competencias que en materia de gestión fiscal departamental y municipal, les corresponde a las asambleas y concejos distritales, incluida la elección del contralor, pero no refiriéndose al período. Y que el artículo 104 del Acuerdo Distrital 348 de 2008 que contiene el Reglamento Interno del Concejo no podía aplicarse porque contraría las normas constitucionales.

Arguyó que el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil 201200022 de 12 de marzo de 2012, que fue tenido en cuenta en el antecedente jurisprudencial de 16 de abril de 2013, no resulta vinculante porque no es un fallo (fls. 501 a 509).

VII. ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado del Distrito Capital compartió las consideraciones y decisión la sentencia de primera instancia, pues tanto las normas constitucionales como las especiales permiten llegar a la misma conclusión atinente a que ante la falta absoluta, el Contralor Distrital de reemplazo, ejercerá el cargo por el resto del período (arts. 322, 125 y 272-4 de la C.P.).

Además, el artículo 2 del Decreto Ley 1421 de 1993 establece que ante ausencia de norma especial se acuda a la Constitución y a las leyes dictadas para los municipios. Ni el artículo 322 constitucional, ni los artículos 105, 107 a 113 del

Decreto Ley 1421 de 1993 carecen de regulación sobre el tema de las faltas absolutas del Contralor Distrital, razón por la cual era estrictamente obligatorio acudir a las disposiciones generales de la Ley 136 de 1994, concretamente al artículo 161, en armonía con el artículo 16 del Decreto Ley 1421 de 1993 y al Reglamento Interno del Concejo Distrital, consagrado en el Acuerdo 348 de 2008, particularmente en el artículo 109.

El artículo 272 de la Constitución no puede llegar al detalle de establecer las reglas para elegir a un contralor departamental, municipal o distrital cuando el elegido ordinariamente deja su cargo de manera definitiva. Este precepto es equivalente al artículo 267 de la Constitución, pero aplicable a los departamentos, municipios y distritos. Así las cosas, como esta norma constitucional no indica de manera concreta cuál es el procedimiento para elegir a un nuevo Contralor General, en caso de falta absoluta, el 272 ib tampoco podía establecerlo respecto de las entidades territoriales.

No existe razón legal para afirmar que el inciso tercero del artículo 16 del Decreto 1421 de 1993 no sea aplicable al tema puntual de la elección de contralor distrital, ante la falta absoluta del elegido, en tanto se encuentra ubicado en el Capítulo I, del Título II del Estatuto Orgánico del Distrito Capital, atinente a la organización y funcionamiento del Concejo Distrital y precisamente en el artículo 12 numerales 15 y 25, los cuales armonizados con los incisos 2 y 3 del artículo 272 superior, permiten concluir que es el Concejo Distrital, el competente para organizar la Contraloría Distrital y para elegir al Contralor e interpretados en forma sistemática el artículo 2 Constitucional, el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 y los artículos 2 y 16 del Decreto Ley 1421 de 1993, evidencian que en caso de falta definitiva del Contralor Distrital, el nuevo elegido solo puede ejercer dicha dignidad por el período restante.

Por otra parte, los funcionarios distritales que exige el Concejo de ejercicio de las atribuciones consagradas en el artículo 12, en armonía con el artículo 16 del Decreto Ley 1421 de 1993 y de conformidad con el artículo 104 del Acuerdo Distrital 348 de 2008 prevén que el Contralor Distrital están sujetos a elección y que “siempre que por cualquier circunstancia se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso que haga falta”.

Finalmente, arguyó que la sentencia de 16 de abril de 2013 relacionada con la elección del Fiscal General de la Nación y que la parte actora pretende sea fundamento para la prosperidad de sus pretensiones, no es aplicable al caso que se estudia porque el Consejo de Estado explicó que el artículo 249 constitucional es perentorio al establecer que el Fiscal General de la Nación se elige por un período de 4 años, así que no es jurídicamente posible que cuando se ejerce la facultad nominadora para proveer el cargo se haga por un período de duración diferente.

El antecedente jurisprudencial antes referido indicó que en la sentencia C-037 de 1996, la Corte Constitucional determinó que era inexecutable el inciso del original artículo 29 cuyo tenor era: “en caso de falta absoluta del Fiscal antes de la terminación del período, quien sea designado en su reemplazo lo será para terminar el período”. De tal suerte, que las reglas para la elección de Fiscal están perfectamente definidas y si en algún momento existió duda al respecto, la Corte Constitucional en forma contundente señaló que se trata de un período individual y empieza a contarse desde el momento en que el Fiscal es elegido por la Corte Suprema y toma posesión del cargo.

Por tanto, si se presenta una falta absoluta del elegido como fiscal, el nuevo es elegido por un período de 4 años sin importar el tiempo durante el cual ejerció su antecesor. En contraste, cuando se trata de faltas absolutas del contralor distrital la regla no está contenida en una sola disposición, pues, ni el artículo 322 superior, ni los artículos 105 y 107 a 113 del Decreto Ley 1421 de 1993 regulan de manera concreta el tema de las faltas absolutas de esta cargo, de tal suerte que resulta indispensable regirse por el artículo 161 de la Ley 136 de 1994, en armonía con el artículo 16 del Decreto Ley 1421 de 1993 y el Acuerdo 348 de 2008, en su artículo 109 (fls. 524 a 529).

VIII. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

Solicitó confirmar la sentencia de primera instancia. Indicó que ante la derogatoria del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, no es de recibo el argumento de que las normas de la Ley 136 de 1994 no sean aplicables. En efecto aquella derogatoria de la norma especial hizo que desapareciera del mundo jurídico lo relacionado con la elección del contralor del Distrito Capital y que exista un aparente vacío normativo, pero es aparente porque

para suplirlo está el inciso 2 del artículo 322 de la C.P. (mod. A.L. 1 de 2002), de conformidad con el cual el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital será el que determinen la Constitución, las leyes especiales y las disposiciones vigentes para municipios, así que resulta acorde a derecho aplicar la Ley 136 de 1994.

De esas disposiciones, el señor Agente del Ministerio Público concluyó: i) la designación de los contralores municipales corresponde a los concejos; ii) el período del contralor corresponde al del alcalde, es decir, 4 años; iii) el concejo es el competente para proveer las vacantes definitivas que se sucedan en el cargo; iv) en casos de falta absoluta se debe hacer una nueva elección, de nueva terna y para el período restante; v) la sanción de destitución genera falta absoluta del cargo.

Indicó que el antecedente jurisprudencial de la elección del Fiscal General de la Nación, no resulta pertinente al caso, porque no hay similitud de los supuestos y porque la normativa que regula el asunto del período y elección del reemplazo por falta absoluta del anterior contralor municipal o distrital es clara, así que no puede desatenderse su tenor.

Además, en ese antecedente se determinó que el período del fiscal era personal, no institucional, bajo los derroteros, de que el artículo 125 superior, ante su generalidad, no era aplicable en tanto la situación del Fiscal está expresa y específicamente regulada. Por otra parte, esa sentencia, siguiendo a la Corte Constitucional, explicó que el carácter institucional de un período de elección tiene alcance jurídico siempre que señale en concreto cuál es el espacio temporal que abarca, es decir, fechas de iniciación y de terminación, como acontece con el Registrador Nacional del Estado Civil y los miembros del CN (art. 15 A.L. 01 de 2003). Ello no podía aplicarse al Fiscal debido a que se trataba de una regulación político-electoral no atinente a la Rama Judicial.

Además, que la Ley 938 de 2004, orgánica de la Fiscalía General, califica de institucional el período de 4 años del Fiscal, sin precisar el significado de tal carácter ni la fecha de iniciación y terminación de este período.

En cuanto al Contralor Distrital, conceptuó que el período es institucional y no personal, por cuanto la norma que lo establece señala en concreto fechas de iniciación y de terminación, a partir del cargo del alcalde -4 años desde el 1° de

enero siguiente al de la elección hasta el 31 de diciembre del cuarto año, en el cual se agota el período-. Por tanto, quien es designado para reemplazar la falta absoluta del titular, lo será por el resto del período (fls. 531 a 542).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo emitido el 22 de agosto de 2013, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Sala de Conjuces, conforme lo dispone el artículo 129 del C.C.A., subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, y el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2.- Del Acto demandado y de su prueba

Las pretensiones dan cuenta del acto declaratorio de elección del señor Mario Solano Calderón como Contralor del Distrito Capital, contenido en el Acta No. 024 de 11 de mayo de 2011 del Concejo Distrital (fls. 13 a 85 cdno. ppal).

Por otra parte, se hacía innecesario demandar los Acuerdos de los Tribunales con los cuales se procedió a candidatizar a los ternados para la elección de Contralor Distrital, en tanto estos actos están conexos directamente al acto de elección y no pueden ser escindidos mediante pretensión de nulidad autónoma. Ello no obsta para que el juez de lo Contencioso Administrativo conozca de estos, cuando la irregularidad está en ellos, y será noticiado a través de la argumentación que el interesado desarrolle en el concepto de violación, cuyo fin último es quebrar la presunción de legalidad del acto de elección, acusación que puede provenir del propio acto de designación o de aquellos que convergen en su nacimiento, como puede acontecer con los actos que integran las ternas.

3.- Problemas jurídicos a resolver

En atención al límite de la apelación, cuya competencia deviene en restringida, en tanto únicamente apeló la parte actora, se evidencia que son dos los asuntos

centrales a resolver, uno de carácter procesal, y es si procedía o no declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva de uno de los Tribunales que ternó al Contralor y, otro de carácter sustancial, consistente en determinar cuál es el período que debe surtir el cargo que ejerce el Contralor que reemplaza al ausente por causal absoluta.

3.1. Legitimación en la causa por pasiva

La legitimación en la causa se concibe desde dos vertientes: la llamada legitimación de hecho y la material. La primera, la de hecho, se establece a partir de la relación procesal que el petitum y la causa petendi generan entre las partes procesales, concretamente, el demandante y demandado; es decir, se está en el típico terreno de la relación jurídica procesal únicamente.

En cambio, la legitimación material responde al criterio de efectividad, esto es, a la participación real de las personas en la situación jurídica (acto, hecho, conducta etc.) que da origen a la demanda, sin importar si accionó o no, para el caso del demandante, o si fue demandado o no, cuando se trata de la parte pasiva.

En principio se puede decir que todas las personas serían potencialmente legitimadas de hecho, porque corresponde al demandante citar y hacer concurrir a quienes considera serán sus demandados, pero ello, es un estadio a priori devenido exclusivamente desde la óptica y el querer del demandante, que encontrará el primer gran filtro en el análisis que el operador jurídico hace para la admisión de la demanda, tendiente a que se revele quién en realidad es el legitimado o los legitimados materialmente, es decir, quiénes participaron realmente en la causa que dio origen al escrito demandatorio. Y luego puede ser enriquecida o no con la contestación de la demanda o con las postulaciones de los terceros e incluso del Ministerio Público, dependiendo de la información que suministren al juez.

De ahí la razón por la cual, en varios procesos se advierte a lo largo de su desarrollo, la presencia y permanencia de sujetos procesales que al final se determina no tuvieron participación efectiva en la situación que originó la demanda, pero frente a quienes se advertía -por lo menos en forma incipiente- que debían estar en el proceso, solo que cuando el juez analiza todo el panorama fáctico, probatorio y normativo del proceso concluye con certeza que no eran legitimados materialmente, aunque siempre los acompañó la legitimación de hecho.

No existe debida legitimación en la causa cuando el actor es persona distinta a quien le correspondía formular las pretensiones o cuando el demandado es persona diferente a quien debía responder por la atribución hecha por el demandante.

Es decir, que en el proceso de nulidad electoral, la legitimación por activa es universal, en atención al carácter público, como en forma expresa lo consagra el artículo 227 del CCA en los términos de “podrá cualquier persona ocurrir en demanda”. En cuanto a la legitimación por pasiva, debe mirarse la precisa situación que se enjuicia o se demanda, pero en forma sui generis la normativa que regula el proceso sólo prevé dos notificaciones personales: una, al Ministerio Público que acude en calidad de Agente del ente de control y para el ejercicio de sus competencias legales y constitucionales y, la otra, al nombrado o elegido, que podrá ser plural cuando se requiera nuevo escrutinio, a consecuencia de la declaratoria de nulidad por causales objetivas (inc. 2, num. 4 Art. 233 ib).

Se afirma que es especial o sui generis porque el contencioso electoral no sigue la regla general contencioso administrativa que dispone que tratándose de los procesos en los que se juzga la legalidad del acto administrativo, la máxima procesal es que el “demandado” sea quien expidió el acto y, por ende, es quien deba concurrir a defender la legalidad de su manifestación de voluntad, siendo entonces el legitimado material de la acción de nulidad o de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Descendiendo al caso particular, se tiene que la demanda original legitimó de hecho sólo al Contralor elegido y solicitó “enterar” al Presidente del Concejo Distrital. Nunca mencionó a ninguno de los Tribunales (ver capítulos: “II.- Partes” y “XI.- Notificaciones”, fls. 1 y 12 de la demanda). Es en la reforma de la demanda - julio 26 de 2011- que en las pretensiones se solicitó la nulidad de la expresión “por el resto del período” consignada en los Acuerdos de los Tribunales Administrativo de Cundinamarca y Superior del Distrito Judicial de Bogotá, actos por medio de los cuales ambas corporaciones judiciales convocaron a los interesados a integrar las ternas de candidatos a la Contraloría de Bogotá y solicitó notificarlos (Capítulos “I.- Declaraciones” y “XI.- Notificaciones”, fls. 127 y 138).

De tal suerte que las Corporaciones Judiciales fungieron como ternantes de los candidatos a disputarse el cargo de Contralor Distrital, conforme a las

competencias legales a ellas asignadas y, como ya se dijo al iniciar estas consideraciones, estos actos bien se sabe no pueden conocerse por pretensión autónoma ni escindida del acto declaratorio de elección, al actor no le era necesario pretender la nulidad de los mismos sino simplemente y en caso de que advirtiera que el vicio proviene de éstos e irradió y afectó la declaración de la elección, debió argumentarlo en el concepto de la violación.

Bajo esa misma cuerda, se considera que el acto declaratorio de la elección es el que gobierna la figura procesal de la legitimación en la causa y según las previsiones del C.C.A., aplicable en este evento por cuanto la demanda se presentó el 8 de junio de 2011 (fl. 12 vto. cdno. ppal.), el real legitimado por pasiva y sujeto procesal de imprescindible presencia en este proceso es el elegido, como en efecto, ha concurrido a esta causa.

No obstante, los demás protagonistas: Concejo Distrital como órgano elector y Tribunales Administrativo y Superior del Distrito Judicial de Bogotá, como corporaciones ternantes, tienen la facultad de concurrir al proceso como terceros interesados en defender la legalidad de su actuar.

De tal suerte, que como la decisión del Tribunal a quo campeó los terrenos de la legitimación material en la causa, la obligación del operador jurídico era depurar el proceso y no permitir que los partícipes de la justa judicial estuvieran clasificados en posiciones procesales que no les corresponden y, en tal sentido, la Sección Quinta considera acertada la decisión de tenerlo como tercero interviniente y de ahí su legitimación para permanecer en el proceso.

3.2. La nulidad electoral de la expresión “por el resto del período” contenida en el acto de elección del Contralor Distrital

El Distrito Capital conforme al artículo 322 Superior debido a su importancia geopolítica y a que constitucionalmente es la capital de la República “su régimen político, fiscal y administrativo” presenta la siguiente jerarquía: i) normas constitucionales; ii) leyes especiales y, iii) disposiciones vigentes para los municipios.

En forma armónica el Decreto 1421 de 1993, conocido como el Estatuto Orgánico de Bogotá, prevé la jerarquía de la normativa aplicable y las máximas de cuándo

aplicar subsidiariamente otros regímenes y cuándo está prohibido, como en efecto se observa del contenido de los artículos 2 y 3, que prevén:

“Artículo 2o. REGIMEN APLICABLE. El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establecen expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios. (Subrayas fuera de texto).

Artículo 3o. OBJETO. El presente estatuto político, administrativo y fiscal tiene por objeto dotar al Distrito Capital de los instrumentos que le permitan cumplir las funciones y prestar los servicios a su cargo; promover el desarrollo integral de su territorio; y contribuir al mejoramiento de la calidad de vida de sus habitantes.

Las disposiciones del presente estatuto prevalecen sobre las normas legales de carácter general vigentes para las demás entidades territoriales”. (Subrayas fuera de texto).

Otro aspecto a tener en cuenta para la aplicación de la ley sobre el Distrito Capital se une a la jerarquía normativa que constitucional y legalmente ha sido prevista y es la expresa prevalencia del Estatuto Orgánico del Distrito sobre las normas que regulan a las demás entidades territoriales.

Así, las cosas procede la Sala a auscultar si en el contenido de la Constitución y de dicho Estatuto se encuentra norma que evidencie el período del contralor de reemplazo.

La Constitución permite tener claridad sobre los cargos que el Constituyente consideró debían quedar determinados, tanto en sus requisitos básicos y atribuciones, como en su período de ejercicio. Se observan los siguientes, para el caso del Distrito Capital:

- Junta Administradora Local: elegida popularmente para períodos de 4 años.
- Alcalde Mayor: período de 4 años (art. 323, mod. A.L. 02/02 art. 5).

Ante la falta absoluta del Alcalde titular:

- 1) Si faltan más de 18 meses para que hubiera terminado los 4 años de período, se elegirá por el tiempo que reste para cumplirlo.

2) Si faltan menos de 18 meses, el Presidente de la República lo designará para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido.

- Concejal Distrital: período de 4 años (art. 323 ibídem).
- Edil: período de 4 años (ibídem).
- Para el cargo de Contralor, el artículo 272 dispuso:

“La vigilancia de la gestión de los departamentos, distritos y municipios...

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contraloría como entidades técnicas dotada de autonomía administrativa y presupuestal.

Igualmente les corresponde elegir contralor **para período igual al del gobernador o alcalde**, según el caso, de ternas integradas con candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo...”

Por otra parte, la Sala observa que el Estatuto Orgánico de Bogotá también contiene los períodos de los distintos cargos. En efecto

- Concejal Distrital: 4 años (art. 10 mod. A.L. 2/02), que iniciarán el 1° de enero siguiente a su elección y concluirán el último día del mes de diciembre en que termine el respectivo período
- Alcalde Mayor: Elegido popularmente por 4 años (art. 36 mod. A.L. 2/02), que iniciarán el 1° de enero siguiente a su elección y concluirán el último día del mes de diciembre en que termine el respectivo período.

Pero el Estatuto Orgánico también trae la previsión en caso de que se requiera nueva designación, a saber:

1) Si la falta absoluta se produjera antes de que le falten 18 meses para terminar el período de los 4 años, el Presidente de la República “en el decreto de encargo” dispondrá que la nueva elección tenga lugar dentro de los 2 meses siguientes a la fecha de expedición de este decreto y agregó “El Alcalde así elegido lo será por el resto del período”. (Subrayas fuera de texto, art. 48 Dec. 1421 de 1993).

2) Si la falta absoluta “se presentare dentro de la segunda mitad del respectivo período constitucional, el Presidente designará alcalde para el resto del período” (Subrayas fuera de texto, art. 48 Dec. 1421 de 1993).

Constitucional y legalmente, incluso con la modificación que trajo el A.L. 2 de 2002 al artículo 323 superior y conforme al contenido del artículo 48 del Decreto 1421 de 1993, se advierte como constante normativa que el alcalde nombrado en reemplazo cubrirá únicamente el resto del período del burgomaestre faltante en forma absoluta.

Pero lo cierto es que en el tema atinente al Contralor Distrital las normas eran escasas y lo fueron más ante la derogatoria del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 [cuyo texto era del siguiente tenor: “Elección del Contralor. El contralor será elegido por el Concejo Distrital para período igual al del alcalde mayor, de terna integrada con dos candidatos presentados por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá y uno por el Tribunal Administrativo con jurisdicción en la ciudad... Sus faltas temporales serán llenadas por el contralor auxiliar...”].

Así que en estricto rigor jurídico no existe norma constitucional ni disposición especial propia para el Distrito Capital que concurra a llenar la regulación sobre el reemplazo del Contralor por falta absoluta y el período en el cual se entienda que el reemplazo ejercerá sus funciones.

En efecto, constitucionalmente la previsión del artículo 323 únicamente refiere a unos cargos en los que no se encuentra el Contralor y, frente al del Alcalde Mayor, que permite su parangón con el del Contralor, la Carta prevé el término total del ejercicio del cargo: 4 años. Por otra parte, en el Estatuto Orgánico, sólo para esos cargos (Alcalde, Concejales y Ediles) se agregaron las fechas exactas de inicio y terminación (1 de enero siguiente a la elección al 31 de diciembre del cuarto año).

Ahora bien, se recaba que en cuanto al Contralor Distrital, la norma especial que existía sobre la designación, contenida en el artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 fue derogada expresamente por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.

Se advierte que esta norma, en materia de faltas del originalmente elegido y del reemplazo, sólo refería a las faltas temporales para que fueran suplidas por el contralor auxiliar, pero no a las absolutas y menos al período de ejercicio del cargo por ese reemplazo.

Así que se hace necesario en este estadio, recordar que el artículo 322 de la Constitución Política consagró en forma perentoria la aplicación jerárquica y escalonada de la normativa, partiendo de la Constitución, de la normativa especial y solo en ausencia de estas dos: las disposiciones vigentes para los municipios.

Esa aplicación jerárquica no es nueva en el tratamiento jurisprudencial que tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han considerado que es viable valerse de otras normas de menor rango que la Constitución y las normas especiales, siempre y cuando con aquellas “no se vacíen de contenido” estas, porque ello sí implicaría desconocimiento de esa jerarquía normativa.

Así, en la **sentencia C-778 del 25 de julio de 2001** de la Corte Constitucional, M.P. Jaime Araújo Rentería, se planteó:

“En síntesis la existencia de un régimen especial para el Distrito Capital de Bogotá no impide que el legislador incluya en otros ordenamientos normas aplicables a él, como es el caso de la ley 617 de 2.000, en la que se regulan distintos aspectos relacionados con la racionalización del gasto público y el saneamiento de las finanzas del Estado, **siempre y cuando no se vacíe de contenido el estatuto especial**. Así las cosas, bien puede afirmarse que al Distrito Capital de Bogotá le son aplicables en primer lugar, las normas consagradas en la Constitución, entre otras, las contenidas en el Título XI, capítulo 4, artículos 322 a 327, que establecen su régimen especial; en segundo lugar, las leyes especiales que se dictan exclusivamente para él, que hoy está contenido en el Decreto 1421 de 1.993; **y, en tercer lugar, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales, las normas vigentes que rigen para los demás municipios**” (subrayas fuera de texto).

Es más existe otro punto, que la Corte Constitucional abordó en forma muy puntual para aclarar que el régimen especial que caracteriza al Distrito no puede convertirse en obstáculo para que el legislador por medio de ley de otro nivel, regule aspectos que en nada tocan con la especialidad del Distrito y su necesidad de contar con régimen autónomo. Con ello, la Corte hace una importante aclaración en cuanto a no confundir la especialidad con la exclusividad. Añadiría la Sala que, en la misma ruta, el operador jurídico no puede soslayar su hermenéutica y decisión, bajo un errado concepto de exclusividad normativa, adaptando y extendiendo a ultranza las normas especiales, bajo la premisa rigorista de no poder salirse de la norma constitucional o legal especial, porque lo cierto es que el constituyente y el legislador le dieron una tercera opción: ante la ausencia de contenido en aquellas debe emplear las normas municipales vigentes.

En efecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-198 de 1998² así lo planteó:

“En modo alguno, el régimen especial del Distrito Capital, es óbice para que el Legislador, como titular de una reserva normativa expresa, pueda modificar, en sentido general, la ley por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios. La materia de la ley demandada - servicios públicos -, es ajena a las particularidades que sirven de sustento al régimen especial del Distrito Capital. En este punto no se justifica constitucionalmente un régimen separado para el Distrito Capital...” (Subrayas fuera de texto).

En esa misma sentencia se reconoció la especialidad del Distrito Capital, pero se armonizó con la aplicación de las normas vigentes para los municipios cuando dijo: “Sin perjuicio de que ante la ausencia de regla especial le sean aplicables las disposiciones vigentes para los municipios, poniéndose de relieve tanto los rasgos comunes de este Distrito para con los municipios y demás distritos...”.

Para el Consejo de Estado, la definición de la armonización entre la normativa que regula al Distrito y la posibilidad de acudir a normas diferentes de la Constitución y de la ley especial siempre ha sido de tratamiento constante. Así en sentencia de marzo 3 de 1995 de la Sección Primera³, expresó:

“Por lo demás, reiteradamente esta Corporación ha precisado que las facultades atribuidas a los Concejos Municipales por el artículo 313 de la Carta Política y las asignadas a los Alcaldes en el artículo 315 ibídem, sólo pueden aplicarse respecto del Distrito Capital, atendiendo el orden jerárquico previsto en el artículo 322 ibídem. En efecto en el caso del Distrito Capital la Constitución Política dedicó un capítulo especial al régimen del mismo (Capítulo 4 Título XI), y en el artículo 322 inciso 2º. previó que su “Régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...”. Ello significa que en materia de facultades del Concejo y del Alcalde, a falta de disposición constitucional, como en este caso, se aplican de preferencia las leyes especiales, como lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido con fundamento en el artículo transitorio 41, y a falta de éstas las normas constitucionales y legales aplicables a los Municipios”. (subrayas fuera de texto).

²Sentencia de 13 de mayo de 1998. Expediente D-1845. Actor: Rafael Galvis Jaramillo. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la Ley 286 de 1996. M.P: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³ Radicación 2691, Actor: Néstor Guillermo Franco. M.P. Miguel González Rodríguez.

En fallo del 21 de septiembre de 2000⁴ de esa misma Sección, se dijo:

“...el Distrito Capital tiene un régimen administrativo gobernado por leyes especiales, constituido por el Capítulo IV del Título XI de la Constitución Política, por el Decreto Ley 1421 de 1993 y por el régimen legal ordinario de los municipios. En ese orden de ideas, la aplicación preferente de la normatividad pasa por el capítulo IV del título XI de la Constitución y por el precitado Decreto Ley 1421”. (Subrayas fuera de texto).

Ese reconocimiento de la jerarquía normativa y su aplicación escalonada a partir del vacío de la norma que en importancia le antecede no solo se ha dado en las acciones ordinarias, sino en acciones constitucionales como la pérdida de investidura. Ejemplo de ello es la sentencia de 2 de marzo de 2006⁵:

“Respecto de la regulación relacionada con la pérdida de investidura de los Ediles del Distrito Capital, esta Sala se pronunció de la siguiente manera: “En lo concerniente a la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital de la República, entidad territorial que goza de autonomía para la gestión de sus intereses, atendiendo el régimen especial al que se halla sometido, en los términos del artículo 322 constitucional, debe decirse que el Decreto 1421 de 1993 que, precisamente desarrolla este último precepto, aún cuando prevé en su artículo 66 las causales de inhabilidad de los miembros de las Juntas Administradoras Locales y, en el artículo 68, las incompatibilidades a que se sujetan estos servidores públicos, **en realidad, no incorpora ninguna referencia específica con respecto a si se pierde o no la investidura por incurrir en alguno de los supuestos que dichas normas establecen o por cualquiera otra conducta que allí se defina. De manera que, al no existir una regulación especial relacionada con la pérdida de la investidura de los Ediles del Distrito Capital, subsidiariamente, por expreso mandato de la misma norma constitucional que contempla su régimen especial, aspecto que también recoge el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993, deben aplicarse las normas constitucionales y legales referidas a los municipios, particularmente, para el asunto que nos interesa, la Ley 136 de 1994.**” (Cfr. Sentencia de 20 de febrero de 2003, doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Actor, Nancy Edith Pérez Acevedo)”.

Dentro de esa misma línea filosófica jurisprudencial -generalidades que resultan pedagógicas para el caso que se analiza-, la Sección Quinta⁶ de antaño entendió con respecto a la regulación del Distrito Capital, la importancia de respetar la

⁴ Exp. 5654. Actor: Jairo Villegas. M.P. Manuel Santiago Urueta Oyola.

⁵Exp. 25000231500020040240401(PI). Actor: Gilberto Calle Cardona. Demandado: Hernando Rojas Baquero

⁶ Sentencia de 24 de agosto de 1995. Exp. 1349. Actor: Reynaldo Martínez Villamizar. Demandado: Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá. M.P. Dra. Myren de La Lombana.

jerarquía normativa y a su vez la trascendencia de contar con las normas generales aplicables a los municipios, a partir de la diferenciación en la situación jurídica normativa entre el Distrito Capital y los municipios⁷. Aunque, en forma concurrente, destacó que la aplicación de las normas de municipios era viable ante el vacío del régimen especial, dejó entrever que ambas clases de normas - especiales y generales- pueden coexistir, siempre que estas últimas no pugnen con aquéllas:

“...el análisis en el presente caso gira en torno a la disposición aplicable al caso por cuanto, mientras el Decreto 1421 de 1993, establece que el régimen de inhabilidades del Alcalde Mayor es el mismo previsto por la Constitución y las leyes para el Presidente de la República, la ley 136 de 1994 establece un régimen de inhabilidades para los Alcaldes municipales.

Al respecto se observa que entre las normas citadas no existe contradicción alguna:

1. - En el caso del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá el Art. 41 transitorio de la C. N. estableció que si el Congreso no expedía dentro del término allí previsto, una ley referente a los Arts. 322, 323 y 324 de la C.N., el Gobierno, por una sola vez, expediría las disposiciones correspondientes.

Con base en tales facultades, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1421 de 1993 “por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”.

El decreto en estudio en su Art. 2o. prevé que el Distrito Capital, como entidad territorial se somete al régimen político, administrativo y fiscal establecido expresamente por la Constitución, el estatuto en mención y las leyes especiales que se dicten para su organización y funcionamiento.

Sólo en ausencia de las normas anteriores, señala, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios.

Y en el artículo 3o. prevé que **las disposiciones del estatuto prevalecen sobre las legales de carácter general vigentes para las demás entidades territoriales.**

En el título III bajo el nombre Alcaldía Mayor, Art. 37, establece que el Alcalde Mayor se le aplicará el régimen de inhabilidades e

⁷ Esa diferenciación entre las entidades territoriales Distrito Capital – municipios fue tratada por la Corte Constitucional en su sentencia C-198-98 cuando dijo respecto al régimen especial para Bogotá; “...la ley contentiva del régimen del Distrito Capital implica es el reconocimiento de un criterio territorial en particular y de unos perfiles institucionales y funcionales que con exclusividad identifican y diferencian a dicho distrito respecto de todos los demás”.

incompatibilidades establecido por la Constitución y las leyes para el Presidente de la República.

2. - Por su parte, la ley 136 de 1994 "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", establece en el Art. 95 las inhabilidades para ser elegido o designado Alcalde y en el numeral 4 dice: "Se haya desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección".

En el Art. 194, la citada ley 136 prevé que la misma es aplicable a los distritos siempre que no pugne con las leyes especiales.

3. - La ley 78 de 1986 establecía causales de inhabilidad para la elección de alcaldes, sin hacer distinción alguna; pero dejó de regir para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, en el aspecto en estudio, desde el momento en que se dictó el Decreto 1421 de 1993 que señaló un régimen de inhabilidades específico para la elección de Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, conforme se señaló antes.

De lo anterior se deduce:

Es claro que Distrito y Municipio son jurídicamente distintos.

La Ley 78 de 1986, específicamente en el ordinal e) del Art. 5o., que establecía causales de inhabilidad para ser elegido Alcalde, sin hacer distinción alguna, quedó derogado en lo que hace a inhabilidades de los candidatos a la Alcaldía Mayor del Distrito Capital, por el Decreto 1421 mencionado, que establece normas especiales para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

Por su parte, la ley 136 de 1994 establece las inhabilidades para aspirar a una alcaldía municipal, sin que sea aplicable al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, conforme lo prevé en el Art. 194 ya citado.

En consecuencia, se deduce sin mayor esfuerzo que al existir un régimen especial que establece inhabilidades para aspirar al cargo de Alcalde Mayor del Distrito Capital, debe aplicarse de manera prevalente, conforme los principios establecidos por la ley 57 de 1887.

La regulación establecida en el Decreto 1421 de 1993 no ha sido derogada por la ley 136 de 1994, por cuanto aunque esta última es posterior, se refiere a municipios y expresamente dice que sólo es aplicable a los distritos, si no pugna con las previsiones establecidas en leyes especiales y, precisamente, una de estas leyes especiales es el Decreto 1421 primeramente mencionado que contiene la regulación específica a que se ha hecho referencia en el aspecto de inhabilidades...".

Visto todo lo anterior, es claro para la Sala que el régimen especial con el que fue cobijado el Distrito Capital a partir del artículo 322 de la Constitución Política hacen que su bloque normativo sea regentado por la Carta Política, la ley especial y a falta de éstos por las normas generales aplicables a los municipios. Ello

implica que en el tema del Contralor Distrital, a falta de disposición constitucional expresa, se aplique el régimen especial, pero como éste ya no cuenta con la norma que regulaba en forma puntual el tema de la elección del Contralor Distrital -aunque se recuerda que esta guardaba silencio sobre la falta absoluta, el reemplazo y el período del reemplazo- pues desapareció del mundo jurídico por derogatoria expresa que del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 hiciera el artículo 97 de la Ley 617 de 2000, lo razonable es acudir a las normas aplicables a los municipios en materia de reemplazo por falta absoluta.

Para el caso del Contralor, existe una norma específica en la Ley 136 de 1994, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 161. Régimen del Contralor Municipal. Quien haya ejercido en propiedad el cargo de contralor distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno del correspondiente distrito o municipio, salvo el ejercicio de la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Sólo el Concejo puede admitir la renuncia que presente el contralor distrital o municipal y proveer las vacantes definitivas del cargo. Las faltas temporales serán provistas en la forma que establezca el Concejo al momento de organizar la Contraloría. **En los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del Concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría.**

Los contralores distritales o municipales sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de su período por providencia judicial, decisión o solicitud de la Procuraduría General de la Nación.

En los casos de suspensión solicitada por autoridad competente, el Concejo Municipal dará cumplimiento a la orden y procederá a designar en forma provisional.

En casos de falta absoluta deberá realizarse nueva elección, de nueva terna y para el período restante”.

Esa disposición, como se observa, regula en forma expresa y específica la situación de falta absoluta y las condiciones de elección y de período para el caso del reemplazo del sustituido que solo por el período restante.

Finalmente, queda por aclarar el tema que plantea el demandante en la apelación y es el respeto y observancia al antecedente jurisprudencial de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resolvió la demanda de nulidad electoral contra la elección del Fiscal General de la Nación y que el censor acusa de haber sido desconocida por el Tribunal ad quo.

Pues bien, es claro que la sentencia de la Sala Plena clarificó aspectos como la diferencia entre los cargos de período institucional y los cargos de período personal, ello en nada desvirtúa la aplicación de la norma de la Ley 136 de 1994. Como se observa, la sentencia que se pretende invocar como precedente para aplicarla al caso, particularizó con buen criterio la situación de la elección del Fiscal General de la Nación como funcionario de la Rama Judicial, regentado por la Ley 270 de 1996, situación normativa y jurídica que hace sui generis el manejo de esa alta dignidad y que no resulta aplicable al caso del Contralor Distrital, no sólo porque pertenece a otro nivel territorial sino porque ambos cargos tienen sus propias normas.

Así que, a diferencia de la afirmación del censor, no es un caso de similares circunstancias jurídico-normativa, tal vez tiene alguna coincidencia en que se trata del reemplazo por falta absoluta de quien fue nombrado en un inicio y que no es un cargo de elección popular, pero estos aspectos fácticos no desvirtúan que jurídicamente la situación no es coincidente.

Ahora bien, el cuestionamiento que hace el censor de que no son aplicables al caso ni el artículo 6 del A.L 01 de 2003 ni el artículo 16 del Decreto 1421 de 1993, cuyos textos se transcriben a continuación, en tanto considera que regulan otros empleos diferentes al del Contralor Distrital, en nada afecta la decisión de aplicar las normas municipales propias del Contralor. Es más, si en esta oportunidad la Sala siguiera la pauta jurisprudencial relativa a que ambas normativas -especial y general municipal- podrían armonizarse siempre que esta última no pugne con aquella, se podría decir que por el contrario, todas las regulaciones son unívocas en consagrar que el reemplazo por falta absoluta asumirá por el resto del período de quien fue elegido pero que se retiró. Veamos los textos:

“Artículo 6 A.L. 01 de 2003. El artículo 125 de la Constitución Política tendrá un párrafo del siguiente tenor:

Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, **en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido**”.

El artículo 16 del Decreto 1421 de 1993, dispone:

“Elección de Funcionarios. El Concejo elegirá funcionarios en las sesiones ordinarias correspondientes a la iniciación del período constitucional de los respectivos concejales.

En los casos de falta absoluta, la elección podrá hacerse en cualquier época de sesiones ordinarias o extraordinarias. Si el Concejo no se hallare reunido, el Alcalde Mayor proveerá el cargo interinamente.

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende efectuada **para lo que falte del mismo**.

En las elecciones que deba efectuar el Concejo, si se refieren a más de dos cargos o personas, se aplicará el sistema del cociente electoral. En los demás casos se efectuarán por mayoría de votos de los asistentes a la reunión, siempre que haya quórum”.

Por otra parte, la invocación que en el recurso se hace de la sentencia C-950 de 2001 proferida por la Corte Constitucional para soportar el argumento de que las contingencias en el ejercicio y provisión del cargo no afectan el período de 4 años para quien ejerce como reemplazo, es una visión propia y subjetiva del apelante, respetable, pero que no comparte la Sección, toda vez que el fallo hace referencia al estudio de constitucionalidad a partir de la unidad de materia, a los debates en el Congreso de las temáticas y al principio de identidad legislativa respecto de la derogatoria que la Ley 617 de 2000 hiciera del artículo 106 del Decreto 1421 de 1993 y no propiamente y en forma específica al manejo de las normas especiales frente a las generales de los municipios.

Finalmente, la Sala no comparte la aplicación exclusiva que el apelante pretende se haga de los artículos 322 y 272 inciso cuarto superior cuyo texto dispone que: “les corresponde [se refiere a las Asambleas y Concejos] elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo”, en tanto esa interpretación es restrictiva y desconoce toda la regulación que rige para el Distrito Capital.

Aunque valga aclarar que la Sección Quinta no comparte la interpretación que la sentencia de primera instancia hizo de la expresión “según el caso”, en tanto en realidad no se refiera a nada distinto de los niveles departamental, municipal y/o distrital y no a las situaciones temporo espaciales del ejercicio del cargo, lo cierto es que para el Consejo de Estado esa imprecisión no permite quebrar la sentencia

porque está sustentada en otros extremos fundamentales que esta Sala considera acordes a derecho como ya se ha explicado a lo largo de estas consideraciones.

Es más, la posición restringida que el actor pretende validar para encontrar prosperidad en su apelación, se ve desvirtuada a partir de la armonización de las normas constitucionales con la regulación especial del decreto 1421 de 1993, en tanto, ese artículo 272 constitucional remite al período del Alcalde Distrital como referente para parangonar la situación del Contralor Distrital. Pues bien, con el A.L. 02 de 2002, el constituyente derivado fijó un inicio de ese cuatrienio para el Burgomaestre, desde enero del primer año siguiente al de la elección y un final, en diciembre del cuarto año, pero en el punto atinente al reemplazo por falta absoluta, lo cierto es que en forma perentoria determina que su ejercicio es tan solo por lo que resta del período del reemplazado.

Aunque no desconoce la Sala que el cargo del Alcalde Mayor es de elección popular, la tesis del apelante parece combinar y escindir los apartes más convenientes para propender porque su período como Contralor Distrital sea el de 4 años. En tanto, se pretende la aplicación de los 4 años trayendo la remisión al período del Alcalde Mayor, sin tener en cuenta las normas específicas que sobre el reemplazo del Alcalde Mayor disponen que el cargo se ejerza por lo que resta del período. Además, buscó apoyó en el antecedente del período del Fiscal General de la Nación, pero exclusivamente en el carácter personal del período y en la visión misional del cargo, obviando otros argumentos que fueron pilares fundamentales de la decisión tales como: la pertenencia del cargo del Fiscal a la Rama Judicial y, por ende, su regulación mediante la Ley de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996); el pronunciamiento previo de la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de 1996 y el Estatuto Orgánico de la Fiscalía (Ley 938 de 2004), normativas estas que son de específica aplicación al cargo del Fiscal General de la Nación y que permitieron definir su período en 4 años, pero que no son aplicables al caso del Contralor Distrital, que es el asunto que, en esta oportunidad, ocupa la atención de la Sala.

Las anteriores razones llevan a la Sección Quinta a confirmar la sentencia apelada.

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

F A L L A:

PRIMERO. CONFIRMASE la sentencia de 22 de agosto de 2013 proferida por la Sala de Conjuces de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad electoral presentado por José Ignacio Laocuture Armenta contra el Contralor Distrital de Bogotá Dr. Mario Solano Calderón, por medio de la cual se declaró ajustada a la Constitución y la ley a la expresión “por el resto del período legal 2008-2011” contenida en el Acta #24 de 11 de mayo de 2011, negó la súplica de nulidad y declaró probada una excepción.

SEGUNDO. Contra esta decisión no procede recurso alguno, al tenor de lo previsto en los artículos 181 y 250 del C.C.A

TERCERO. DEVUELVASE el expediente al Tribunal de origen.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Conjuez

EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON
Conjuez