

PROCESO ELECTORAL - Admisión de la demanda contra la elección del Procurador General de la Nación / SUSPENSION PROVISIONAL - Negada por cuanto no se encuentran elementos necesarios para decretarla

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda de nulidad electoral presentada por el ciudadano Pablo Bustos Sánchez, coordinador internacional de Veedores Sin Fronteras y Presidente de la Red Ver, Red de Veedurías Ciudadanas de Colombia y, sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró electo al doctor Edgardo José Maya Villazón, como Contralor General de la República para el período 2014-2018. Conviene precisar que la actora propuso en el mismo escrito de la demanda la sustentación para la medida cautelar y reenvió además en forma expresa al concepto de violación de la demanda (arts. 229, 230 y 231 CPACA). Así, en el primer cargo no se puede reputar al conjuez como titular (transitorio) de cargo público, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuez en las Altas Cortes. En consecuencia, esta censura que sustenta la suspensión provisional, no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos. En el segundo cargo, la Sección Quinta considera para este momento y con las pruebas aportadas para la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto que no se avizora ningún vicio de ilegalidad de la elección del demandado como candidato de esa Alta Corte derivada de la confrontación de ese acto de postulación con el reglamento interno que la rige. En el tercer cargo, las necesarias inferencias que debe efectuar el operador jurídico cautelar, en este caso concreto y frente al tema de la interrelación y trascendencia entre la irregularidad padecida por el acto preparatorio de conformación de ternas y el acto definitivo de elección, impiden que la medida cautelar surja en este estado del proceso de la confrontación del acto acusado con las normas superiores o con las pruebas allegadas con la solicitud, de acuerdo a lo solicitado por el actor. Y por último, el demandante no ha demostrado la existencia de una norma expresa que contenga la edad de retiro forzoso del Contralor General de la República, razón por la cual tal planteamiento amerita un estudio de fondo del asunto propio de la sentencia que permita determinar en forma certera si las normas invocadas en la medida cautelar, tienen el alcance para incluir de sus supuestos fácticos y jurídicos el cargo de Contralor y poder así predicar y extender a éste la edad máxima de retiro del servicio en los 65 años que se aplica a los servidores que sí se encuentran mencionados en la norma en forma directa o por remisión. Siendo así las cosas, la Sala no encuentra prosperidad en la solicitud de suspensión provisional.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ.

Bogotá D.C. cinco (5) de junio de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00129-00

Actor: PABLO BUSTOS SANCHEZ

Demandado: CONTRALOR GENERAL DE LA REPUBLICA

Decisión: Admisión y Suspensión Provisional

Procede la Sala a pronunciarse sobre la admisión de la demanda de nulidad electoral presentada¹ por el ciudadano Pablo Bustos Sánchez, coordinador internacional de Veedores Sin Fronteras y Presidente de la Red Ver, Red de Veedurías Ciudadanas de Colombia y, sobre la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo por medio del cual se declaró electo al doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON**, como Contralor General de la República para el período 2014-2018.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda

En ejercicio de la acción de nulidad electoral la parte actora incoó² demanda con el objeto de que se declare la nulidad de la elección del doctor Edgardo Maya Villazón en el cargo de Contralor General de la República, con las siguientes pretensiones:

*“Primera.- Que se declare, con base en los hechos, pruebas y fundamentos de derecho y causales invocadas, aportados y obrantes, la nulidad de la elección del doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON** como Contralor General de la República, para el período constitucional 2014-2018, realizada por el Congreso de la República en el pleno en sesión del 19 de agosto de 2014.*

Segunda.- Que se comunique el fallo a la Presidencia de la República, a la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y al Congreso de la República, para lo de su cargo” (fls. 42 a 43).

2. Como fundamentos fácticos, en síntesis, la demanda planteó los siguientes:

2.1. Ante la finalización del período de la anterior Contralora Sandra Morelli Rico (agosto de 2014), la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, procedieron a abrir las convocatorias públicas para integrar la

¹ Por auto de 5 de febrero de 2015, se declaró infundado el impedimento que la Consejera Ponente formuló.

² La demanda se presentó el 23 de septiembre de 2014 (fl. 53 vto).

terna para la elección de Contralor General de la República por parte del Congreso.

2.2. El Consejo de Estado ternó al doctor Gilberto Rondón González; la Corte Suprema de Justicia, al doctor Carlos Ardila Ballesteros y la Corte Constitucional, al doctor Edgardo José Maya Villazón.

2.3. La designación que recayó sobre el doctor Maya Villazón, aseveró el actor, estuvo precedida de serios cuestionamientos que daban cuenta de la ilegalidad de la elección *“por pesar sobre él una causal de inhabilidad, por haber sido escogido con clara violación de los reglamentos de la Corte Constitucional y porque en su postulación se produjo el fenómeno de favoritismo conocido como: ‘yo te elijo y tú me eliges’”*.

2.4. Seis votos fueron escrutados a favor del demandado, tres de ellos consignados por los doctores: Jorge Pretelt, Gabriel Mendoza y Alberto Rojas; dos en blanco que fueron depositados por los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, quienes expresaron su desacuerdo con la elección por manifiesta violación al reglamento de la Corte Constitucional.

2.5. El doctor Maya Villazón cuando se desempeñó como Procurador General de la Nación designó al doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo como Procurador 5º Delegado ante el Consejo de Estado y como Viceprocurador General de la Nación; al doctor Rojas Ríos, como Procurador Delegado para Asuntos Civiles, como Viceprocurador General de la Nación y como Procurador (E) General de la Nación; y con respecto al doctor Jorge Pretelt Chaljub *“designó a su esposa y hermana”* en cargos de la planta del Ministerio Público.

2.6. Por otra parte, el demandado se desempeñó en reiteradas oportunidades como conjuer en la Corte Constitucional y en el Consejo de Estado, durante el año anterior a su elección como Contralor General de la República. El actor relaciona con número de expediente, fecha de la decisión y Magistrado Ponente, los procesos en los cuales fungió en dicha calidad.

2.7. Como tercer supuesto fáctico constitutivo de nulidad electoral, el demandante afirmó que contrariando el reglamento de la Corte Constitucional (art. 77) *“esta corporación sin que ninguno de los candidatos hubieren obtenido la mayoría en lugar de prescindir de los nombres de todos los candidatos anteriores, e integrar una lista de elegibles con nombres totalmente nuevos, llamó y eligió al candidato eliminado o descartado en una etapa anterior, cual era precisamente el demandado”* (fl. 6).

2.8. Indicó además, que el elegido incumple el requisito de idoneidad para ser elegido, toda vez que a la fecha de la elección cuenta con 63 años, así que no finalizará el período por llegar a la edad de retiro forzoso, lo que implicará que se produzca una nueva elección por lo restante del período (fls. 2 a 7).

CONSIDERACIONES

1. Admisión de la demanda

Habida cuenta que se reúnen los requisitos contemplados en los artículos 162, 163 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA); por haberse instaurado dentro del término exigido en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo estatuto y por ser competente la Sala para conocer del proceso en única instancia y de la suspensión provisional, toda vez que la demanda recae sobre el acto electoral referente a una elección que hiciera una Corporación Pública como es el Congreso de la República, para el cargo de Contralor General de la República, de conformidad con el artículo 149 numeral 4º ibidem y esta Sección Quinta deriva su competencia de acuerdo con la distribución de funciones previstas en el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003.

En efecto:

1. Caducidad de la Acción: la demanda fue oportuna, en tanto el acto demandado contenido en el Acta de sesión del Congreso en Pleno de 19 de agosto de 2014 se publicó en la Gaceta del Congreso 529 de 24 de septiembre de 2014 (fls. 153 y siguientes). Por otra parte, la demanda se presentó el 23 de septiembre de 2014, es decir, fue instaurada en tiempo, conforme lo prevé el artículo 164 numeral 2º literal a) del CPACA.

2. Presupuestos formales de la demanda: incoada en calidad de ciudadano; con pretensión y acto administrativo electoral perfectamente individualizados con fecha de su publicación en la Gaceta del Congreso, la cual reposa en el expediente luego de ser requerida por el Despacho en atención a la petición previa del actor; con identificación concreta de las partes con sus respectivas direcciones para notificación; la *causa petendi* recae sobre la nulidad del acto de elección contenido en el Acta de Sesión del Congreso en Pleno de 19 de agosto de 2014, siendo este el acto declaratorio de elección. La demanda así mismo presenta en forma separada sus fundamentos fácticos determinados y está planteado el concepto de violación con sus respectivas normas violadas, así como el capítulo de pruebas y anexos.

Huelga aclarar que no se requiere agotamiento de requisito de procedibilidad porque la demanda en nada alude al acto de designación de cargo de elección popular, aunado a que la demanda se sustenta en la nulidad de la elección del Contralor General de la República efectuada por el Congreso. De acuerdo con las circunstancias expuestas, se cumple con los requisitos establecidos en los artículos 163 y 164 numeral 2º literal a) del CPACA.

Por todo lo anterior, la demanda se admitirá.

2. Suspensión Provisional

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez queden en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados³

³González Rodríguez Miguel, “Derecho Procesal Administrativo”, Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

implica que éstos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad.

La herramienta fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las Leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año de 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada ahora en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada "*suspensión provisional*".

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una "*petición de parte debidamente sustentada*", y el 231 impone como requisito la "*(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*".

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento⁴.

Por otra parte, en el proceso de nulidad electoral, de conformidad con el inciso final del artículo 277 del CPACA, la decisión de otorgar o no la medida cautelar se toma en el auto admisorio, lo cual evidencia la misma efectividad que aquellas medidas catalogadas como de urgencia por el artículo 234 del CPACA.

⁴ Artículo 299 inciso segundo del CPACA.

3. Caso concreto

Conviene precisar entonces que la actora propuso en el mismo escrito de la demanda (fls. 49 a 50) la sustentación para la medida cautelar y reenvió además en forma expresa al concepto de violación de la demanda (arts. 229, 230 y 231 CPACA)

Indicó que el acto de elección del doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON** como Contralor General de la República adolece de nulidad por las censuras que a continuación se sintetizan:

Atendiendo entonces la primera posibilidad que da el artículo 231 del CPACA, al analizar la contraposición entre el acto acusado y las normas invocadas como vulneradas, en tanto la formulación de la medida cautelar contiene apartes que realizó en términos exclusivamente de legalidad objetiva, la Sala analizará a continuación cada censura:

CARGOS DE NULIDAD ELECTORAL EN LA DEMANDA A LOS QUE SE REMITE EXPRESAMENTE LA SOLICITUD CAUTELAR:

3.1. PRIMER CARGO

Desempeño en el año anterior a la elección como **conjuez o magistrado ad hoc ante las Cortes**: Violación por falta de aplicación del artículo 267⁵ de la

⁵ “**Artículo 267 Constitución Política.** El control fiscal es una función pública (...)

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Solo el Congreso puede admitir las renunciaciones que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

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 a 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrán intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos”.

Constitución Política. Lo armoniza con el artículo 279⁶ Ley 5/92 (ocupar cargo público en el año inmediatamente anterior) y el artículo 61⁷ Ley 270/96 (conjuces).

Indicó que la Sección Quinta lo designó conjuce dentro del año anterior a su elección como Contralor. Calificó el cargo de conjuce de cargo público de conformidad con los arts. 116⁸ y 123⁹ superiores; art. 61 Ley 270 de 1996 y arts. 115¹⁰ y 116¹¹ CPACA y se apoya en sentencia de la sala penal de la Corte

⁶ **Artículo 279 Ley 5 de 1992.** *“Concepto de inhabilidad. Por inhabilidad se entiende todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.*

⁷ **Artículo 61 Ley 270 de 1996.** *“De los Conjuces. Serán designados conjuces, de acuerdo con las leyes procesales y los reglamentos de las corporaciones judiciales, las personas que reúnan los requisitos para desempeñar los cargos en propiedad, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumplan funciones públicas durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.*

Los conjuces tienen los mismos deberes que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de éstos”.

⁸ **Artículo 116 Constitución Política.** *“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la Justicia Penal Militar.*

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

⁹ **Artículo 123. Constitución Política.** *“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.*

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

¹⁰ **Artículo 115 del CPACA. Conjuces.** *Los conjuces suplirán las faltas de los Magistrados por impedimentos o recusación, dirimirán los empates que se presenten en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sus diferentes secciones y en Sala de Consulta y Servicio Civil, e intervendrán en las mismas para completar la mayoría decisoria, cuando esta no se hubiere logrado.*

Serán designados conjuces, por sorteo y según determine el reglamento de la corporación, los Magistrados de las Salas de lo Contencioso Administrativo y de Consulta y Servicio Civil de la Corporación.

Cuando por cualquier causa no fuere posible designar a los Magistrados de la Corporación, se nombrarán como conjuces, de acuerdo con las leyes procesales y el reglamento interno, a las personas que reúnan los requisitos y calidades para desempeñar los cargos de Magistrado en propiedad, sin que obste el haber llegado a la edad de retiro forzoso, las cuales en todo caso no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. Sus servicios serán remunerados.

Los conjuces tienen los mismos deberes y atribuciones que los Magistrados y estarán sujetos a las mismas responsabilidades de estos.

La elección y el sorteo de los conjuces se harán por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en

Suprema de Justicia que califica a los conjuces como servidores públicos (sentencia de 25 mayo de 2010. Exp. 34218. M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero). Citó también el fallo T-247 21 de marzo/03 de la Corte Constitucional.

Al respecto la Sala encuentra que el tema de los conjuces ha sido ampliamente positivizado en las normas transcritas que fueron el sustento del concepto de violación de la demanda al que se remitió la solicitud de suspensión, sin que se advierta en forma expresa la naturaleza jurídica del mismo.

En efecto, conforme a la normativa pretranscrita, la figura de los conjuces tiene un triple propósito: a) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; b) desempatar las decisiones jurisdiccionales y c) completar el quórum decisorio.

En todo caso, dice el CPACA en forma clara, que no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones. E incluso se plantea la remuneración y le asigna los mismos deberes y atribuciones a cargo de los Magistrados, lo cual conlleva las mismas responsabilidades.

Pues bien, lo cierto es que la medida cautelar pretende con base en la normativa invocada, reputar que el conjuce ejerce un cargo público, para efectos, de ingresar la situación del elegido en el campo de la inhabilidad por el ejercicio de cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación, conforme a los voces del artículo 267 constitucional cuando dispone: “*No podrá ser elegido Contralor General quien haya ocupado **cargo público** alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección*” (subrayas y negrillas fuera de texto).

Para la Sala, lo cierto es que esa censura como la planteó el memorialista es impróspera, toda vez que el ejercicio de la actividad de conjuce no encaja en la de ejercicio de cargo público, razón por la cual la hipótesis por él propuesta no se compadece del supuesto fáctico de la norma que contempla la incursión en la inhabilidad del artículo 267 Constitucional cuya exigencia es **el ejercicio de cargo público**. Ha de recordarse, que las inhabilidades son de aplicación estricta y restrictiva al supuesto fáctico que la norma prevé, sin que haya lugar a extensiones o analogías.

sus diferentes secciones y por la Sala de Consulta y Servicio Civil, según el caso. (...)”.

¹¹ **Artículo 116 del CPACA. “Posesión y duración del cargo de Conjuce.** Designado el conjuce, deberá tomar posesión del cargo ante el Presidente de la sala o sección respectiva, por una sola vez, y cuando fuere sorteado bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones.

Cuando los Magistrados sean designados conjuces sólo se requerirá la comunicación para que asuman su función de integrar la respectiva sala.

Los conjuces que entren a conocer de un asunto deberán actuar hasta que termine completamente la instancia o recurso, aunque concluya el período para el cual fueron elegidos, pero si se modifica la integración de la sala, los nuevos Magistrados desplazarán a los conjuces, siempre que respecto de aquellos que no se les predique causal de impedimento o recusación que dé lugar al nombramiento de estos”.

Huelga recordar que la Sección Quinta ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el punto, en la sentencia de 5 de junio de 2012¹², en la que a partir de un cargo similar al que hoy ocupa la atención de la Sala, frente a la elección de la doctora Morelli Rico como Contralora General, negó la declaratoria de nulidad electoral a partir de las siguientes consideraciones:

*“Finalmente, no sobra anotar que no le asiste 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, (...), 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 el artículo 123 constitucional** (...)// 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 el 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 pueden ser sorteados cuando se les requiera, artículo 99A 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 decisión**¹³ (...). // 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. (...)// 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,*

¹² Exp. 11001032800020100011500. Demandante: Diego Armando Carvajal Briñez. Demandado: Sandra Morelli Rico (Contralora General de la República). C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Con Sala de conjueces integrada por los Dres. Carlos Enrique Marín Vélez, Gilberto Orozco Orozco y Antonio José Lizarazo Ocampo.

¹³ (Nota al pie en el texto transcrito. “Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 25 de agosto de 1967. Consejero Ponente, doctor Enrique Acero Pimete”).

*pues **no todas las actividades per se implican el ejercicio de aquella***" (subrayas y negrillas fuera de texto).

Si bien el memorialista trae algunas sentencias, como por ejemplo, la T-247 de 2003, debe tenerse en cuenta que en esa oportunidad, se definía el aspecto de la remuneración de quien fungió como conjuetz, asunto que difiere del ya decantado por la Sección Quinta como se evidenció en el aparte jurisprudencial pretranscrito. Además, se advierte que la Corte Constitucional en este fallo se refirió todo el tiempo a "el monto de su remuneración, **por los servicios prestados al Estado, considerando para el efecto las circunstancias que dieron lugar a la prestación del servicio**"; "servidores" e indicó: "Con todo, en rigor, la regulación básica común no puede ser el único criterio para fijar la remuneración a que tiene derecho un conjuetz, por su participación en el trámite y en la definición de uno o de varios asuntos, **porque el carácter temporal y las modalidades de su vinculación, aunados a la complejidad de dichos trámites y definiciones, comportan especificidades que se deberá entrar a considerar en cada caso, sin que por esta circunstancia los principios mínimos fundamentales que deben estar presentes en toda relación laboral puedan ser desconocidos, porque el artículo 53 de la Carta Política no condiciona la aplicación de sus preceptos a la circunstancias que rodean la prestación del servicio; sin perjuicio de que el legislador señale pautas específicas sobre el punto**".

Además, la Sala considera que aunque el CPACA en su artículo 115 dispone que los servicios de los conjuetes serán remunerados (inc. 3º), lo cierto es que este aspecto no ha sido reglamentado ni implementado nunca en el país por lo que continua siendo una labor estrictamente ad honorem.

Por lo anterior, no se puede reputar al conjuetz como titular (transitorio) de **cargo público**, y ello impide suspender los efectos del acto de elección, bajo el predicamento de que el elegido está incurso en la inhabilidad de haber ejercido **cargo público** durante el año inmediatamente anterior a su designación como Contralor, a partir de la situación de haber fungido como Conjuetz en las Altas Cortes.

En consecuencia, esta censura que sustenta la suspensión provisional, no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto administrativo y, por ende, no hay lugar a suspender sus efectos.

3.2. SEGUNDO CARGO

Violación del artículo 77¹⁴ del Acuerdo 05 de 15 de octubre de 1992 (Reglamento de la Corte Constitucional) por falta de aplicación.

¹⁴ **Artículo 77 Acuerdo 05 de 15 de octubre de 1992.** "Votación. La votación estará sujeta a las siguientes reglas:

1a. Toda elección se hará mediante voto secreto.

2a. Para una elección se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta de los Magistrados.

3a. Antes de abrir la votación, el Presidente propondrá que se delibere sobre los candidatos y, concluida la deliberación, designará dos Magistrados escrutadores.

4a. Cada voto sólo contendrá el nombre del candidato que el elector escoja. Toda adición se tendrá por no escrita.

El actor refirió que el candidato no obtuvo la mayoría y conforme al Reglamento de la Alta Corporación debió prescindirse de los nombres de los candidatos en juego y proceder con nuevos nombres. Indicó que tal inconformidad contra el reglamento fue puesta en conocimiento por los doctores María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio, quienes votaron en blanco y advirtieron que la interpretación acogida por la mayoría desconocía el principio de transparencia (véase comunicado 24 de 26 de junio de 2014).

Visto el planteamiento del solicitante, sea lo primero aclarar, que esta parte del cargo se compone de la parte objetiva de comparación normativa y se enriquece con la probatoria documental, a partir del escrito que contiene las manifestaciones divergentes de dos Magistrados de la Corte Constitucional.

En efecto, los doctores Calle y Palacio, manifestaron su desacuerdo con el sistema de votación empleado, pero no por ello *per se* el acto está viciado de nulidad, en tanto el derecho a la disidencia, es una facultad legítima, constitucional y legal, reflejo de la libertad de opinión, que enriquece la dinámica y el debate en la Corporación que funge como electora de un candidato a la terna. No obstante, sin menospreciar su efecto e importancia, al tratarse de la elección en cuerpo colegiado, las voluntades disidentes deben dar paso a la decisión que se adopte por la mayoría, claro está sin perder la posibilidad de sostener la tesis propia e individual, como en efecto lo ejercieron los Magistrados referidos, pues así se ha establecido en los sistemas de elección democrática, como acontece en el caso de la elección de candidato a la terna a Contralor General de la República.

Observada la norma del Reglamento sustento de la medida cautelar, esto es, el artículo 77 del Acuerdo 5 de 1992 o Reglamento de la Corte Constitucional, se tiene que el voto es secreto y obligatorio, el quórum electoral se compone de la mitad más uno de los Magistrados (mayoría de los miembros), solo puede nombrarse un candidato por voto siendo nulas las adiciones. Se tiene la posibilidad de votar en blanco sin que pueda arrogárselo ningún candidato. Y se prevé el siguiente procedimiento:

- a) Una etapa pre electoral: porque la norma consagra: “**antes de abrir la votación**”, que dirige el Presidente con el propósito de que se delibere sobre los candidatos.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la lengua, la acción de deliberar implica en efecto una antesala a la decisión pues hace referencia a “**Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla**, y la razón o sinrazón de los votos **antes de emitirlos**” y “**Resolver algo con premeditación** (cuya acepción de interés es: “*Pensar reflexivamente algo antes de ejecutarlo.*”).

5a. El voto es obligatorio pero podrá votarse en blanco. El voto en blanco no se agregará a ningún candidato.

Parágrafo. Cuando al votarse no se obtenga la mayoría requerida, la votación se repetirá; pero si hubieren sido más de dos los candidatos, ésta se contraerá a los dos que hubieren obtenido el mayor número de votos. También se repetirá la votación cuando, siendo uno o dos los candidatos, ninguno obtuviere dicha mayoría. La Corte, previo un receso de cinco minutos, decidirá por mayoría de los asistentes, si se hace una tercera, exclusivamente sobre los nombres que hayan figurado en la anterior, efectuada la cual, si ningún candidato obtuviere la mayoría señalada, se prescindirá de los nombres de todos los candidatos anteriores y la siguiente votación se hará, en la misma sesión o en otra, con nuevos nombres, salvo que se anuncie un acuerdo con mayoría legal sobre alguno de los candidatos que han participado en el debate o sobre uno distinto.”.

- b) La siguiente etapa, también pre electoral: la designación de dos Magistrados escrutadores, pues es claro que aún no se ha abierto la votación propiamente dicha.
- c) La etapa electoral.
- d) La etapa de escrutinio y sus circunstancias, en la cual el Reglamento indica:

Regla general: Si no se obtiene la mayoría requerida (mitad más uno de los Magistrados), la votación se repite.

Teniendo un atenuante referente a que si se presentan más de dos candidatos y ninguno obtiene la mayoría, la votación se repite, pero solo entran en las justas **los dos candidatos que hubieren obtenido el mayor número de votos.**

Reglas de salvación de la votación: aplicables y solo viables cuando no se logra elegir y siempre que se surta previamente un receso previo de cinco minutos.

- Se modifica el quórum decisorio, pasándolo de Magistrados integrantes de la Corporación a Magistrados asistentes a la votación con el propósito de que decidan si van a una tercera votación.
- La tercera votación: exclusivamente sobre los nombres que hayan figurado en la anterior votación.
- La cuarta votación: se prescinde de todos los candidatos anteriores y se postulan nuevos nombres "**salvo que se anuncie un acuerdo con mayoría legal sobre alguno de los candidatos que han participado en el debate o sobre uno distinto.**"

Así, las cosas y conforme a la normativa, no es absoluta ni perentoria la regla de exclusión de los nombres de todos los candidatos que han venido en contienda cuando se llega a la cuarta votación, porque nuevamente la mayoría de los electores, puede reingresar a alguno de los candidatos que ya han participado o proponer a uno diferente.

Por contera, la medida cautelar se formuló sin detenerse en la excepción a la regla general de la cuarta votación o métodos de salvación de la votación, pues prefirió dar plena validez a las disertaciones de los Magistrados disidentes, pero sin que en este momento haya prueba de que en el caso de la elección del Dr. Maya Villazón, tal excepción se haya aplicado, más aún cuando la votación que le favoreció se compuso de 6 electores de los 8 que conforman el quórum.

Dicente resulta, el planteamiento que por vía de tutela se hizo dentro de la sentencia 9 de septiembre de 2014¹⁵, en la que se relata la situación acontecida al interior de la Corte Constitucional al momento de candidatizar al demandado: "(...) el día 8 de mayo de 2014, dicha Corporación convocó a los aspirantes a ocupar el cargo de Contralor General de la República, a inscribirse aportando la documentación requerida, dentro del plazo comprendido entre el 12 y el 23 de mayo de 2014. Cumplido dicho término, publicó la lista de aspirantes e informó que el 26 de mayo de 2014 haría una preselección de candidatos y que el 28 de mayo siguiente procedería a elegir al candidato. Los aspirantes preseleccionados

¹⁵Sección Segunda. Subsección A. Expediente AC 11001031500020140166600. Actor: Ana Feliz Romero Aranzazu. Demandado: Corte Constitucional. C.P. Dr. Alfonso Vargas Rincón.

fueron Jaime Arrubla Paucar, Edgardo Maya Villazón, Gilberto Rondón González, Camilo Tarquino Gallego y Clara Inés Vargas Hernández y fueron citados para realizar una presentación de 15 minutos ante la Sala Plena el día 28 de mayo de 2014. Al no obtener ninguno de los preseleccionados el número de votos requerido para ser ternado, la Corte Constitucional con fundamento en el artículo 77 delo Reglamento, procedió a realizar una nueva convocatoria del 3 al 9 de junio de 2014. En esa oportunidad se presentaron 54 aspirantes, entre quienes se encontraba nuevamente, Ana Feliz Romero Aranzazu. La Corte Constitucional adelantó el procedimiento de la siguiente manera: Realizó una votación con el fin de preseleccionar a 5 de los candidatos inscritos. Quedaron los siguientes: Jorge Luis Buelvas Hoyos, José Joaquín Osorio Ruiz, Germán José Ordosgoitia Osorio, Alvaro Guillermo Rendón López y Eduardo Verano de la Rosa. De los anteriores, concluyeron en empate los candidatos Rendón López y Verano de la Rosa. Se realizó una nueva votación entre estos dos candidatos, no obstante, ninguno de ellos alcanzó la mayoría requerida. La votación se repitió una vez más entre los dos candidatos, con el mismo resultado: ninguno alcanzó la mayoría requerida. Atendiendo las disposiciones del parágrafo del artículo 77 del Reglamento, **realizó una votación en orden a decidir si realizaba un tercer intento entre los mismos dos candidatos, opción que fue descartada por 1 voto a favor y 8 en contra. La Sala se vio en la necesidad de decidir si realizaba una nueva convocatoria o llegaba a un acuerdo sobre alguno de los candidatos que participaron en todo el proceso. Optó por votar entre dos candidatos: uno de la primera lista y uno de la segunda.** Resultó elegido por mayoría el doctor Edgardo Maya Villazón. Así se lee en el citado comunicado No. 24. Los Magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio se apartaron de este último procedimiento...”. (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Por todo lo anterior, es que la Sección Quinta considera para este momento y con las pruebas aportadas para la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto que no se avizora ningún vicio de ilegalidad de la elección del demandado como candidato de esa Alta Corte derivada de la confrontación de ese acto de postulación con el reglamento interno que la rige.

3.3. TERCER CARGO:

Indebida elección del ternado porque sus electores habían sido designados previamente en cargos de la Procuraduría cuando fungía como Procurador General de la Nación, con lo cual se violó el artículo 126¹⁶ de la Constitución Política por falta de aplicación. “Yo te elijo... tu me elijas”.

Indicó que la violación al artículo 126, conlleva a que tres de los votos por los cuales salió electo (provenientes de los doctores Mendoza, Rojas Ríos y Pretelt) son espurios, así que no obtuvo los 5 votos mínimos requeridos. Acusó la elección de clientelismo, amiguismo o favoritismo y citó la sentencia de 15 de julio de 2015 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

¹⁶ **Artículo 126 Constitución Política.** Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos.

Al respecto, la Sala encuentra que el aforismo de “Yo te elijo... tu me eliges” y la concepción y alcance en la aplicación del artículo 126 de la Constitución Política cambió a partir de la sentencia de 15 de julio de 2014¹⁷ -invocada por el memorialista- la cual fue proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que declaró la nulidad de la elección del Dr. Francisco Javier Ricaurte como Magistrado del Consejo Superior de la Judicatura, pues se pasó de un entendimiento restrictivo y limitado exclusivamente a la figura del nepotismo a una hipótesis implícita obvia que afecta la situación del titular o beneficiario de la elección o nombramiento (clientelismo).

En esa oportunidad, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo partió de un método de interpretación histórico sobre el origen del artículo 126 constitucional, para lo cual rememoró lo acontecido en la Asamblea Nacional Constituyente atinente a que la teleología del mandato constitucional era impedir que los servidores públicos nombraran a quien o quienes intervinieron en su designación y transcribió el aparte pertinente del contenido original de la norma que se pretendía expedir: “[e]n ninguna elección o nombramiento podrán designarse personas que [...] han participado en la elección o nombramiento de quienes deben hacer la designación”¹⁸. Las razones prácticas de la modificación al texto se sustentaron en que los elegidos popularmente quedarían sometidos a nombrar únicamente a miembros de la oposición o a quienes no votaron por ellos, por eso en el contenido final de la norma quedó exclusivamente la figura del nepotismo, cuyo presupuesto se predica de la relación conyugal y parental.

E indicó: “(...) la nueva redacción no explicitó lo obvio, esto es, que un servidor público no puede utilizar su poder de designación para beneficiar o agradecer a aquellos que lo nombraron en su cargo, lo cierto tiene que ver con que, leída la norma a la luz de los preceptos constitucionales, no cabe sino concluir la presencia de esta salvaguarda. Lo contrario, esto es, admitir que una norma constitucional cuya finalidad consiste en garantizar transparencia y en evitar el tráfico de favores se opone al nombramiento de los parientes del nombrado, pero acepta que éste sea designado por quien él mismo ayudó a elegir, sería absurdo. Precisamente esta última conducta es a toda luz la más lesiva”.

Posteriormente, la sentencia en cita se decantó por apuntalar el estudio a partir de todos los métodos de interpretación (semántico, sistemático etc) para dar alcance al mandato superior 126 de la Carta.

En principio, para la Sección Quinta esa nueva e importante concepción jurisprudencial podría ser bitácora idónea para adoptar una decisión, si no fuera porque en este momento el cuestionamiento debe estudiarse desde la importancia, trascendencia o entidad que el vicio o irregularidad que se endilga al acto preparatorio de la terna tenga sobre el acto declaratorio de elección al punto de permitir su nulidad.

Ha de recordarse que en materia electoral, la posición unívoca de la Sala de que el acto administrativo contentivo de terna para postular candidato es acto preparatorio o de trámite dentro del proceso de elección, pero que en caso de

¹⁷ Radicación: IJ 110001-0328-000-2013-00006-00, actor: Cecilia Orozco Tascón y otros. Demandado: Francisco Javier Ricaurte Gómez. C.P. Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.

¹⁸ Gaceta No. 68 Pág. 17.

contener alguna irregularidad que vicie el acto de elección dará lugar a la declaratoria de nulidad de la designación, la cual en este momento no se avizora.

Corresponde entonces al estudio de la sentencia, analizar si el vicio endilgado frente a la escogencia de uno de los integrantes de la terna (acto preparatorio) tiene en este caso la potencialidad de viciar de nulidad el acto de elección (acto definitivo).

Se concluye que primero debe verificarse la existencia de irregularidad o vicio que se dice afecta al acto preparatorio y, en segundo lugar, si ese vicio afectó la elección del demandado, pues no toda irregularidad en el acto preparatorio genera *per se* la nulidad del acto de elección y tampoco la suspensión de sus efectos, en tanto se requiere de suficiencia y eficiencia para enervar la designación.

Valga recalcar el profundo estudio que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hiciera sobre el alcance del mandato constitucional 126, un análisis que abarcó todo un abanico de los métodos de interpretación, para deducir que no sólo el favoritismo familiar sino el clientelismo, para así incluir a la persona del mismo que se deriva entre las relaciones designador-designado; elector-elegido y/o nominador-nombrado, constituyen contenido de ese dispositivo superior, tuvo su máxima consideración en la aplicación y armonización con otras normas superiores, sobre todo, aquellas que se predicán de los objetivos y principios que rigen la función pública. E incluso, consideró: *“El peso de los argumentos expuestos permite a la Sala confirmar la necesidad de interpretar el inciso segundo del artículo 126 C.P. -reproducido en el último inciso del artículo 53 de la LEAJ- de una manera que trascienda su literalidad. Entendimiento que se ve respaldado cuando se aplica una hermenéutica finalista del precepto en comento...”*.

Por contera, esas necesarias inferencias que debe efectuar el operador jurídico cautelar, en este caso concreto y frente al tema de la interrelación y trascendencia entre la irregularidad padecida por el acto preparatorio de conformación de ternas y el acto definitivo de elección, impiden que la medida cautelar surja en este estado del proceso de la confrontación del acto acusado con las normas superiores o con las pruebas allegadas con la solicitud, de acuerdo a lo solicitado por el actor.

3.4. CUARTO CARGO

Inelegibilidad e inhabilidad por cumplimiento de la edad de retiro forzoso en la mitad del período institucional.

Citó los artículos 267¹⁹ superior (período del Contralor); 29²⁰ y 31²¹ Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968 y 122²² decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973

¹⁹ **Artículo 267 Constitución Política.** (...) *El Contralor será elegido... para un período igual al del Presidente de la República (...)*.

²⁰ **Artículo 29 Decreto 2400 de 1968.** [Mod. el art. 1º, Dec. 3074 de 1968.](#) *El empleado que reúna las condiciones para tener derecho a disfrutar de una pensión de jubilación, cesará definitivamente en sus funciones y será retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a necesidades del servicio lo exijan.*

La Persona retirada con derecho a pensión de jubilación no podrá ser reintegrada al servicio, salvo cuando se trate de ocupar las posiciones de Presidente de la República, Ministro del Despacho, Jefe de Departamento Administrativo,

que consagra la edad de retiro forzoso en 65 años, aplicables a todos los servidores de conformidad con el art. 3²³ de la Ley 909 de 2004. Se apoyó en sentencia de 16 de septiembre de 2002. Exp. 25000232600020020098301 de la Sección Segunda, subsección B C. de E. que le ordenó al Consejo Superior de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca -ente autónomo como lo es la Contraloría- retirar del cargo a la rectora que fue designada contrariando la norma de edad de retiro forzoso. Y sentencia de 25 de enero de 2002. Exp. 2561, en la que la misma sección precisó que la superación de la edad de retiro forzoso constituye inhabilidad para ser elegido o designado en cargos públicos. Cita los casos de retiro de los ex Consejeros de Estado Dres. William Giraldo y Myriam Guerrero.

Ahora bien, la jurisprudencia del Consejo de Estado, que el peticionario cita, hace referencia a los eventos en que la persona al momento de su designación ya contaba con 65 años cumplidos (**impedimento presente al momento de ser elegido**) o estando en el ejercicio del cargo los cumple surgiendo así un hecho impeditivo para **continuar** en el ejercicio de la función pública y claro inhabilitante (**impedimento futuro al momento de ser elegido que ocurre y concurre con el ejercicio de la función**), que son supuestos fácticos diferentes a aquel que se predica de quien es designado en el cargo sin cumplir aún la edad de retiro, es decir no tiene impedimento presente y menos concurrente, pues no ha llegado a la edad de retiro forzoso al momento de ser elegido o nombrado.

Superintendente, Viceministro, Secretario General de Ministerio o Departamento Administrativo, Presidente, Gerente o Director de Establecimientos Públicos o de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, miembro de misiones diplomáticas no comprendidos en la respectiva carrera y secretarios privados de los despachos de los funcionarios de que trata este artículo. Por necesidades del servicio, el gobierno podrá ampliar estas excepciones siempre y cuando no sobre pase la edad de sesenta y cinco (65) años.

²¹ **Artículo 31 Decreto 2400 de 1968. “Edad de retiro. Mod. Art. 14 Ley 490 de 1998.** *Todo servidor público o empleado que sea funcionario del Estado o que ejerza funciones públicas y que cumpla la edad de 65 años, será retirado del servicio y no podrá ser reintegrado. No obstante, si por decisión libre y voluntaria del mismo, manifiesta al nominador su deseo en el ejercicio de las funciones que venía desempeñando podrá continuar en el cargo hasta cumplir la edad de 70 años.*

Los empleados que cesen en el desempeño de sus funciones por razón de la edad, se harán acreedores a una pensión de vejez, de acuerdo que sobre el particular establezca el régimen de prestaciones sociales para los empleados públicos.

La remuneración y la pensión serán incompatibles para quienes se acojan a esta norma”.

²² **Artículo 122 Decreto 1950 de 1973.** *“La edad de sesenta y cinco (65) años constituye impedimento para desempeñar cargos públicos, salvo para los empleos señalados en el inciso segundo del artículo 29 del Decreto Nacional 2400 de 1968, adicionado por el 3074 del mismo año”.*

²³ **Artículo 3° Ley 909 de 2004.** *“Campo de aplicación de la presente ley.*

(...).

2. Las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán, igualmente, con carácter supletorio, en caso de presentarse vacíos en la normatividad que los rige, a los servidores públicos de las carreras especiales tales como:

(...)

- Contraloría General de la República y Contralorías Territoriales.

Parágrafo 2°. *Mientras se expida las normas de carrera para el personal de las Contralorías Territoriales (...) les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.*

Por otra parte, respecto de la edad de retiro forzoso prevista en el Decreto 2400 de 1968 –norma citada por el solicitante de la medida cautelar-, ha de recordarse que en la sentencia C-351 de 1995²⁴ -aunque en referencia a los cargos de la rama judicial- aludió a la no aplicación a todos los servidores, en tanto únicamente recaía sobre la Rama Ejecutiva del poder público sin dirigirse o comprender a ningún otro sector, rama del poder o funcionario o servidor público. Indicó en esa oportunidad, que luego con el artículo 2º de la Ley 27 de 1992 y al desarrollar el artículo de la Constitución Política de 1991, el decreto 2400 de 1968 y otras normas como el decreto 3074, las leyes 13 de 1984 y 61 de 1987 y sus decretos reglamentarios se aplicarían a empleados del Estado que presten sus servicios en las entidades u organismos de los niveles nacional, departamental o distrital –no Distrito Capital- municipales y sus entes descentralizados, Dumas, Concejos municipales y distritales y Juntas Administradoras Locales, Presidencia de la República, Congreso, Organización Electoral, entre otros; se recaba entonces que, en principio, no se observa que la Contraloría General de la República haya quedado incluida en este vademécum de entidades.

Además, consideró que como la Constitución de 1991 creó nuevos organismos, es necesaria la expedición de una nueva ley que fije la edad de retiro forzoso en consideración a los cambios introducidos en la Carta.

Tal disertación, en este momento procesal, la Sala la encuentra aplicable al caso del Contralor General de la República, en atención a que no existe norma expresa que regule este aspecto para este cargo, que no pertenece al sector de la Rama Ejecutiva. En esta decisión, la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, planteó la autonomía de las ramas del poder público, para responder al interrogante de *“¿A quién corresponde determinar la edad de retiro forzoso? Y para responder que es en primer término el Constituyente y en su defecto el Congreso: “Obviamente si el constituyente no lo ha hecho, dicha potestad queda deferida al legislador, quien, además dentro de las facultades asignadas en el artículo 125, puede determinarla para los demás servidores públicos. Así lo ha hecho a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que éste, a su vez, la determine, como lo hizo mediante el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968. (...) La Carta Política establece el criterio del factor edad como causal de retiro forzoso; las necesidades de la vida social exigen que se determine cuál es esa edad, luego es el legislador a quien corresponde hacerlo de acuerdo con su naturaleza ordenadora”.*

Lo cierto es que el demandante no ha demostrado la existencia de una norma expresa que contenga la edad de retiro forzoso del Contralor General de la República, razón por la cual tal planteamiento amerita un estudio de fondo del asunto propio de la sentencia que permita determinar en forma certera si las normas invocadas en la medida cautelar, tienen el alcance para incluir de sus supuestos fácticos y jurídicos el cargo de Contralor y poder así predicar y extender a éste la edad máxima de retiro del servicio en los 65 años que se aplica a los servidores que sí se encuentran mencionados en la norma en forma directa o por remisión.

Siendo así las cosas, la Sala no encuentra prosperidad en la solicitud de suspensión provisional.

²⁴ Sentencia de 9 de agosto de 1995. Exp. D-828. Actor: Hernando Barliz Zubiria. C.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

Por las anteriores razones y con fundamento en los artículos 171, 231, 276 y 277 del C.P.A.C.A. la Sala,

RESUELVE

PRIMERO. ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por Pablo Bustos Sánchez contra el acto que declaró la elección del doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON** como Contralor General de la República, contenido en el Acta de 19 de agosto de 2014 que está contenida en la Gaceta del Congreso No. 529 de 24 de septiembre de 2014. En consecuencia, se **DISPONE**:

1. **NOTIFIQUESE** personalmente al demandado doctor **EDGARDO JOSE MAYA VILLAZON**, en su calidad de elegido, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.
2. **NOTIFIQUESE** personalmente al Honorable Congreso de la República y a la Honorable Corte Constitucional, por intermedio de sus respectivos presidentes, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de conformidad con el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.
3. **COMUNIQUESE** al Director Ejecutivo de Administración Judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 159, en concordancia con el inciso 1º del artículo 228 del CPACA.
4. Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición de los notificados, y el traslado o los términos que conceda el auto sólo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según sea el caso (literal f, num. 1º art. 277 y 279 del CPACA).
5. **NOTIFIQUESE** personalmente de esta providencia al señor Agente del Ministerio Público, como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.
6. **NOTIFIQUESE** por estado al actor Pablo Bustos Sánchez (num. 4º art. 277 del CPACA).
7. **INFORMESE**, mediante el sitio web del Consejo de Estado, a la comunidad la existencia de este proceso (num. 5º art. 277 CPACA).

SEGUNDO. NEGAR la solicitud de suspensión provisional.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Presidenta

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero

JAIME CORDOBA TRIVIÑO
Conjuez

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Conjuez