

CONTROL INTERNO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Marco normativo / JEFE DE CONTROL INTERNO – En su designación se debe garantizar el principio al mérito en armonía con la facultad discrecional

[L]a Sala encuentra que el jefe de control interno es un cargo de periodo fijo -4 años-, que se provee por la autoridad administrativa de la entidad territorial a la mitad del periodo respectivo y su designación debe realizarse consultando el principio de mérito, pero sin perjuicio de la facultad discrecional de quien realiza la designación. Lo anterior significa que, en principio, el ordenamiento jurídico no estableció un procedimiento unívoco para designar al jefe de la oficina de control interno; circunstancia que impone colegir que existe cierta autonomía a cargo del nominador, que no puede traducirse en arbitrariedad, para proveer dicho empleo. Esto es así, porque la ausencia de desarrollo legal o reglamentario no puede erigirse como un obstáculo en la designación del citado cargo. Es de advertir que pese a la discrecionalidad que ostenta el alcalde o gobernador para nombrar al jefe de control interno, lo cierto es que en el nombramiento se deberán garantizar no solo los postulados constitucionales inherentes al acceso a la función pública, sino también y en atención a lo dispuesto en el decreto en cita, el principio del mérito.

PRINCIPIO AL MÉRITO – No se agota con la realización de un concurso / JEFE DE CONTROL INTERNO – En su elección es factible salvaguardar el principio de mérito sin tener que acudir a un concurso

[E]l principio del mérito no se agota con la realización de un concurso, pues cuando la administración en el marco del proceso de selección de los jefes de oficina de control interno analiza aspectos como (i) las calidades académicas, (ii) la experiencia o (iii) las competencias está examinando, bajo condiciones objetivas, la idoneidad para el desempeño de ese cargo. Conforme a lo expuesto, no cabe duda que, contrario a lo asegurado por las recurrentes, tratándose de la designación del jefe de control interno, la garantía del principio del mérito no está ligada a la realización de un concurso de tales características, menos cuando como en el caso objeto de estudio, el ordenamiento jurídico, de forma, expresa, consagró que dicho principio debe armonizarse con la potestad discrecional de la administración. En otras palabras, para la Sala Electoral es totalmente viable en el caso concreto, es decir, tratándose de la elección de los jefes de oficina de control interno, salvaguardar el principio de mérito sin tener que acudir a la figura del concurso, debido a que bastará con que se garantice que quien resulte designado a través de cualquiera de tales formas eleccionarias cumpla con las condiciones de capacidad e idoneidad que le permitan atender con solvencia las necesidades propias del cargo al que accede, para entender que dicho principio se satisfizo. (...). [S]ea (...) cual fuere la forma de designación por la que opte el nominador para armonizar el mérito con la facultad discrecional en la designación del jefe de control interno, lo cierto es que estará obligado a cumplir a cabalidad con las reglas fijadas para la designación, pues como ha sostenido esta Sección tales actuaciones se erigen como “un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia...”. (...). Así las cosas, independiente de que se opte por un concurso o por otro mecanismo, lo cierto es que en cualquier evento la autoridad estará en la obligación de aplicar a cabalidad las reglas fijadas para la designación.

JEFE DE CONTROL INTERNO – El procedimiento adoptado para su elección no correspondió a un concurso de méritos sino a un proceso de selección con criterios objetivos

[L]a Sala encuentra que el procedimiento adoptado por la Gobernación de Caldas no se erigió como un concurso de méritos, sino como una convocatoria con criterios objetivos de selección. Esto se explica no porque una frase en ese sentido se haya acuñado en el texto del Decreto 197 de 2017, sino porque al analizar tal acto se observa que la facultad discrecional de la administración siempre estuvo presente y fue transversal a la actuación. En efecto, en el referido acto se dispuso de manera clara y diáfana que los nombramientos se sujetarían a la potestad discrecional del gobernador y que, por ende, aquellos no necesariamente responderían a una “lista de elegibles”, pues bastaría haber superado las etapas del procedimiento para que la autoridad departamental pudiera designar a algún participante como jefe de control interno. (...). [P]ese a que está demostrado que se aplicaron distintas pruebas y que a estas se les asignó cierto puntaje, lo cierto es que por esa circunstancia no puede predicarse una transformación en la naturaleza del procedimiento a un concurso de méritos. Lo anterior, debido a que el énfasis del procedimiento no estaba en las calificaciones obtenidas por los participantes, sino en la discrecionalidad que tendría el gobernador al momento de realizar las designaciones. Bajo estas consideraciones, para la Sala Electoral es claro que en el caso concreto, la convocatoria estableció a favor de la autoridad departamental un amplio grado de discrecionalidad que evidencia que el procedimiento adelantado para la provisión de los cargos de jefe de oficina de control interno no era un concurso de méritos, pese a incluir en su desarrollo etapas como la aplicación de pruebas o de reclamaciones, sino un procedimiento con elementos objetivos. (...). En consecuencia, debe concluirse que, contrario a lo asegurado por la parte recurrente, se demostró que se respetaron las reglas fijadas para el procedimiento de selección, toda vez que el nombramiento recayó en aquellos que superaron las fases tal y como se dispuso en el Decreto 197 de 2017.

FUENTE FORMAL: LEY 87 DE 1993 – ARTÍCULO 1 / LEY 87 DE 1993 – ARTÍCULO 11 / LEY 1474 DE 2011 – ARTÍCULO 8 / DECRETO 1083 DE 2015 – ARTÍCULO 2.2.21.4.1

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto al principio del mérito, ver: Corte Constitucional, sentencia de 13 de marzo de 2013, radicación C-123, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En cuanto a la obligatoriedad de la administración cuando ha fijado reglas para la designación del jefe de control interno, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de agosto de 2018, radicación 11001-03-28-000-2014-00128-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 17001-23-33-000-2018-00019-02

Actor: ALBA MARINA POSADA GUEVARA Y DIANA PATRICIA RINCÓN CANO

Demandado: FABIO CARDONA MARÍN, LEYDI CONSTANZA RAMÍREZ MONTES, LINA MARIA SERNA JARAMILLO, MARÍA JUDITH RAMÍREZ GÓMEZ, DALIRIS ARIAS MARÍN Y JULIETA TORO GÓMEZ- COMO JEFES DE CONTROL INTERNO DE ENTIDADES DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Asunto: Nulidad Electoral – Fallo de segunda instancia

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia adoptada el 19 de julio de 2018 por el Tribunal Administrativo de Caldas, a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Las señoras **Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano**, a través de apoderada judicial, y en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, demandaron la nulidad del Decreto N° 510 del 26 de diciembre de 2017 *“por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento”* y del Decreto N° 001 de 2018 *“por medio del cual se modifica el artículo primero del Decreto 510 de 26 de diciembre de 2017 por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento”* ambos proferidos por la Gobernación del Departamento de Caldas.

Como pretensiones solicitaron¹:

“PRIMERO. *Se declare nulo el Decreto N° 510 del 26 de diciembre de 2017 proferido por la Gobernación de Caldas “por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento” y cuyo texto es el siguiente (...)*

SEGUNDO: *Se declare nulo el Decreto N°001 de 2018 proferido por la Gobernación de Caldas “por medio del cual se modifica el artículo primero del Decreto 510 de 26 de diciembre de 2017 por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento.*

TERCERO: *Se ordene el nombramiento en los cargos de Jefes de Control Interno conforme el principio de mérito, y por ende, al orden de elegibilidad según los puntajes obtenidos en el consolidado final*

¹ Se transcriben las de la subsanación de la demanda.

*del concurso de méritos realizado por el departamento de Caldas² (...)*³ (Mayúsculas y negritas en original)

2. Hechos

Como sustento de su petición relataron la siguiente situación fáctica:

2.1 El artículo 2.2.2.21.4.1 del Decreto 1083 de 2015 dispuso que los jefes de las oficinas de control interno de las entidades territoriales serían designados por el respectivo alcalde o gobernador para un periodo de 4 años.

Dicha disposición fue añadida mediante el artículo 15 del Decreto 648 de 2017 en el que se ordenó que *“el nombramiento de esos servidores debe[ría] efectuarse teniendo en cuenta el principio de mérito, sin perjuicio de la facultad discrecional de la que gozan las entidades territoriales”*.

2.2 Atendiendo a los anteriores lineamientos normativos, la Gobernación de Caldas expidió el Decreto 197 de agosto de 2017 *“por medio del cual se implementa, convoca, reglamenta el proceso de conformación de banco de hojas de vida a fin de efectuar la provisión de empleos de jefes asesores de control interno de las entidades y organismos del nivel territorial periodo 2018-2021”*.

Asimismo, se dispuso que para la *“conformación del banco de hojas de vida”* se utilizarían los siguientes instrumentos de medición de competencias funcionales y comportamentales:

INSTRUMENTO DE MEDICIÓN	CARÁCTER	PUNTAJE MÍNIMO	PORCENTAJE
Conocimientos	eliminadorio	70/100	40
Competencias comportamentales	clasificatoria	N/A	30
Entrevista	clasificatoria	N/A	30
Total			100

En todo caso, en el artículo 23 del referido acto se aclaró que el proceso de selección no constituía un concurso de méritos, ni limitaba la facultad discrecional del nominador -gobernador- para proveer esos cargos.

2.3 Mediante Decreto N° 458 de 8 de noviembre de 2017, la gobernación modificó el anterior esquema y determinó que el puntaje mínimo en el componente *“conocimientos”* no sería de 70 sino de 60 puntos.

² En audiencia inicial y en razón de lo ordenado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en auto del 3 de mayo de 2018, la parte actora desistió de la tercera de sus pretensiones- Reverso del folio 354 del expediente-.

³ Folios 53 y 54.

2.4 La prueba de conocimientos se realizó el día 30 de noviembre de 2017, en tanto la comportamental y la entrevista se realizaron los días 6 y 11 de diciembre de 2017, respectivamente.

2.5 El 17 de diciembre de 2017, se publicaron los resultados del proceso de selección y aquellos reflejaban dos ponderaciones: una en la que se promediaban los 3 aspectos evaluados -conocimientos, comportamiento -entrevista- y otra, en la que el resultado era el promedio, únicamente, entre la prueba de conocimiento y la entrevista, es decir, con exclusión del resultado de la prueba comportamental.

2.6 El 26 de diciembre de 2017, la Gobernación de Caldas expidió el Decreto 510 a través del cual designó como jefes de oficina de control interno de las distintas entidades y organismos de ese departamento a las siguientes personas:

Nombre	Entidad	Promedio prueba conocimiento-comportamental y entrevista	Promedio prueba de conocimiento y entrevista
Julieta Toro Gómez	Gobernación de Caldas	64.5	82
Leydy Constanza Ramírez Montes	Industria Licorera de Caldas	60.9	72
Juan Pablo Herrera Arce	Colegio integrado Nacional Oriente Caldas	56.9	75
Fabio Cardona Marín	Empocaldas	55	75
Lina María Serna Jaramillo	Hospital Universitario Santa Sofía	68.1	79
María Judith Ramírez Gómez	Dirección Territorial de Salud de Caldas	62.3	73
Carlos Alberto Aristizábal	ESE Hospital San Juan de Dios de Riosucio	59.8	81
Nubia del Docorro Ramírez	ESE Hospital Departamental San Antonio de Villamaria.	58.9	75
Raúl Alfonso Aristizábal	ESE Hospital Departamental San José de Neira	64.2	81.5
Daliris Arias Marín	Inficaldas	62.5	77

2.7 Mediante Decreto N° 001 de 2018, se modificó el anterior acto en lo que atañe a la designación del señor Raúl Alfonso Aristizábal quien sería nombrado ya no en

la ESE Hospital Departamental San José de Neira, sino en la ESE Hospital Departamental San Félix de La Dorada.

3. Normas violadas y concepto de violación

A juicio de las demandantes, los actos acusados se encuentran viciados de nulidad, toda vez que pese a que en el acto que convocó a participar se estableció que los puntajes se calcularían promediando los resultados de la prueba de conocimientos, la prueba comportamental y la entrevista, lo cierto es que la gobernación asignó los puntajes, únicamente, promediando la prueba de conocimiento y la entrevista, es decir, excluyendo la prueba comportamental.

Esta circunstancia, a juicio de las demandantes, modificó sustancialmente la *“lista de elegibles”*, pues a la larga resultaron nombradas personas que no obtuvieron los puntajes superiores. En este orden de ideas, aseguraron que pese a que los señores Lina María Cardona, Adrián Alejandro Reyes, Alba Marina Posada y Diana Patricia Rincón obtuvieron los mayores puntajes al ponderar los resultados obtenidos en la prueba de conocimientos, comportamental y la entrevista, ninguno de ellos fue designado como jefe de control interno en alguna entidad u organismo del departamento.

Por lo anterior, para la parte actora con las designaciones realizadas se transgredió el principio de mérito dispuesto en el Decreto Nacional 648 de 2017, así como los principios de moralidad y transparencia consagrados en la Constitución y se irrespetaron las garantías de los participantes.

Igualmente, aseguraron que en el caso concreto se materializó la causal de nulidad de **desviación de poder**, toda vez que obviando las reglas del *“concurso”* se nombró a los jefes de la oficina de control interno teniendo como fundamento un promedio distinto al fijado en el Decreto Departamental 197 de 2017; circunstancia que, según su criterio, evidencia que los actos acusados se profirieron para cumplir con un interés diverso al contemplado en el ordenamiento jurídico.

Asimismo, sostuvieron que también se configuró la causal de **falsa motivación**, debido a que en detrimento del principio del mérito, el Gobernador de Caldas designó a personas que *“no tenían derecho”* a ocupar el cargo de jefes de oficina de control interno, ya que se nombró pasando por alto los resultados arrojados por el *“concurso de méritos”*.

Señalaron que se transgredió **el debido proceso**, habida cuenta que con las actuaciones desplegadas por la gobernación no se cumplió el propósito de acceso al empleo público con fundamento en el mérito, de forma que aun cuando en la convocatoria se estableció que no se erigía como un concurso de méritos, lo cierto es que aquella *“se convierte en una expresión del principio de legalidad tanto para oferentes como para inscritos, de tal forma que incumplir las directrices allí estipuladas controvierte no solo los derechos de los aspirantes, sino el valor superior al cual está sujeto toda actuación pública”*.

Finalmente, aseguraron que la alteración en las designaciones materializa la causal contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, pues, a su juicio, es evidente que se nombraron personas que no reúnen los requisitos legales para desempeñar el cargo de jefe de control interno.

2. Admisión de la demanda

Mediante auto del 8 de febrero de 2018, la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Caldas inadmitió la demanda. Después de su respectiva corrección, esta fue admitida en providencia del 16 del mismo mes y año.

3. Contestaciones

3.1. Los demandados Julieta Toro Gómez, Daliris Arias Marín y Fabio Cardona Marín

Mediante memorial radicado el 12 de marzo de 2018⁴, los citados señores contestaron la demanda, a través de apoderado judicial, y se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la misma. Para el efecto presentaron los siguientes argumentos:

3.1.1 Propusieron las excepciones previas de inepta demanda, habérsele dado a la demanda un trámite que no corresponde y falta de competencia.

3.1.2 Respecto al cargo de incumplimiento de los requisitos de acceso al cargo sostuvieron que esta censura no podía prosperar, comoquiera que los señores Julieta Toro Gómez, Daliris Arias Marín y Fabio Cardona Marín cuentan con título de pregrado y más de 3 años de experiencia relacionada en asuntos de control interno, tal y como exige el ordenamiento jurídico para el desempeño del cargo de jefe de control interno. Para sustentar su dicho procedieron a describir sus méritos académicos y laborales.

3.1.3 Frente al cargo de desviación de poder, los demandados aseguraron que la parte actora parte de un error y es considerar que los jefes de oficina de control interno se nombran a través de un concurso de méritos, siendo claro que en la designación de tales empleos existe un alto margen de discrecionalidad del nominador. En este orden de ideas, explicaron que, si bien el principio del mérito debe permear el acceso a los cargos públicos, lo cierto es que este no solo se materializa a través de un concurso, ya que, según su criterio, existen diversos sistemas de selección que garantizan dicho principio.

Así las cosas, para los demandados el hecho de que en el Decreto 1083 de 2015 se haya establecido que en el nombramiento de los jefes de control interno debe prevalecer el mérito no significa que la administración este obligada a realizar un concurso de méritos; máxime cuando la clasificación de los empleos, según la

⁴ Folios 93 a 140

forma de acceso, debe hacerla el legislador y no el ejecutivo a través de un decreto.

Asimismo, aseguraron el legislador no tuvo la intención de establecer el sistema de carrera administrativa para la selección de los jefes de las oficinas de control, ya que si ese hubiese sido su deseo así lo habría previsto en la Ley 1474 de 2011. En consecuencia, para la parte demandada, el artículo 15 del Decreto 648 de 2017 debe analizar en armonía con los artículos 125 y 126 Superiores.

En ese contexto, afirmaron que la actuación adelantada por la Gobernación de Caldas sí cumplió con los principios de transparencia, igualdad y mérito, pues se hizo una convocatoria pública, se aplicó en condiciones de igualdad y uniformidad una prueba de conocimiento y una comportamental y se reguló específicamente las etapas del procedimiento de nombramiento, sin que por supuesto, dadas las condiciones de la actuación, el gobernador hubiese estado obligado a nombrar a los que obtuvieron el puntaje más alto, sino a quienes aquel considerara idóneos o pertinentes.

Indicaron que desde la convocatoria misma se precisó que el procedimiento de selección no trataba de un concurso de méritos, ni de ninguna otra herramienta que limitara la facultad discrecional del gobernador, razón por la que, según su criterio, cualquiera de las 20 personas que superaron las etapas fijadas podían ser designadas como jefe de control interno de las entidades departamentales.

Igualmente, aseveraron que no era cierto que se hubiesen promediado tan solo las pruebas de conocimiento y la entrevista excluyendo la prueba comportamental, razón por la que la afirmación en ese sentido presentada por la parte actora debía entenderse como no cierta y carente de prueba.

3.1.4 En lo que atañe al cargo de falsa motivación, insistieron en que la garantía del principio del mérito no necesariamente limitaba el poder discrecional del nominador, para lo cual transcribieron algunas consideraciones de las sentencias SU-917 de 2010; T-267 de 2012 y SU 172 de 2015. Igualmente, señalaron que, contrario a lo afirmado en la demanda, no era posible predicar la existencia de una lista de puntajes en orden descendente, porque aquella es propia de los concursos de méritos y no de la figura que se utilizó en el caso concreto.

3.1.5 Finalmente, frente a la censura relacionada con la violación al debido proceso, los demandados afirmaron que aquella estaba llamada a fracaso, porque no era cierto que las designaciones realizadas se hubiesen basado en criterios subjetivos como el clientelismo o “amiguismo”; y por el contrario, los nombramientos se ciñeron al procedimiento que la Gobernación de Caldas dispuso para el efecto.

3.2 La demandada: Leydi Constanza Ramírez Montes

A través de apoderado judicial, la demandada contestó la demanda en escrito en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, para lo cual señaló que el empleo de jefe de la oficina de control interno no es de aquellos que deba someterse a concurso de méritos, pues no es un cargo de carrera, sino uno de periodo fijo que se designa garantizando el mérito, pero sin minar la discrecionalidad del nominador, tal y como aconteció en el caso concreto.

Al igual que los otros demandados, insistió en que los principios que la parte actora echa de menos sí se garantizaron, y que por consiguiente, no se materializa causal de nulidad alguna. En este sentido, sostuvo que el acto no se expidió ni con falsa motivación, ni con desviación de poder, sino que aquel fue el resultado del procedimiento convocado en el Decreto Departamental 197 de 2017 y la facultad discrecional del gobernador para proveer el cargo de jefe de la oficina de control interno.

Finalmente, propuso las excepciones de: i) inepta demanda por dirigirse esta, además, contra el acto de posesión de la demandada: i) mérito propio, pues sostuvo que accedió al cargo tras superar las etapas del procedimiento; iii) inexistencia de vulneración del debido proceso de las demandantes y iv) facultad discrecional del gobernador para designar el empleo de jefe de la oficina de control interno.

3.3 La demandada: María Judith Ramírez Gómez

A través de escrito del 13 de marzo de 2018, la citada ciudadana se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual explicó que el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011 no previó que el cargo de jefe de la oficina de control interno tuviera que ser designado de una lista de elegibles que debe atender estrictamente al orden ahí conformado.

Sostuvo que prueba de ello era que el procedimiento iniciado por la Gobernación de Caldas no era un concurso de méritos, sino una actuación para “*conformar un banco de hojas de vida*”, al punto que en la misma convocatoria se previó que aquel no tenía tal connotación y que por ello, el gobernador mantendría sus facultades discrecionales.

3.4 Las demandadas: Lina Maria Serna Jaramillo y Nubia del Socorro Valencia

A través de apoderado judicial y en el mismo sentido de los demás designados como jefes de oficina de control interno, las referidas ciudadanas solicitaron que se negaran las pretensiones de la demanda, con fundamentos similares a los ya expuestos; en especial, que el procedimiento adelantado por la Gobernación de Caldas no era un concurso de méritos y, por ende, no existía lista de elegibles, máxime cuando aquel solo pretendía conformar un banco de hojas de vida.

3.5. Autoridad que profirió y/o intervino en la adopción del acto acusado: Gobernación de Caldas

A través de apoderado judicial, la Gobernación de Caldas se opuso a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, describió las formas de vinculación de los servidores y la naturaleza jurídica del cargo de jefe de oficina de control interno para concluir que este es de periodo fijo y que se provee garantizando el principio del mérito, pero con la facultad discrecional del gobernador. En este orden de ideas, formuló las excepciones de:

i) *“inexistencia de lista de elegibles que genere derechos o limite la facultad discrecional del gobernador”* por cuanto en la convocatoria se precisó que aquella no era un concurso de méritos y no generaba derechos subjetivos, pues su único propósito era conformar un banco de hojas de vida para proveer el cargo de jefe de la oficina de control interno.

ii) *“cumplimiento del artículo 44 del CPACA”*, pues la potestad discrecional que ejerció el gobernador respetó el principio del mérito.

iii) *“cumplimiento al decreto departamental 197 del 9 de agosto de 2017”* toda vez que, en ese decreto se aclaró que el procedimiento adelantado no constituía un concurso de méritos.

4. Trámite del proceso en primera instancia

4.1 La audiencia inicial

4.1.1 El día 9 de abril de 2018 se celebró la audiencia inicial dentro del proceso de la referencia, y en ella se saneó el trámite y se resolvieron las excepciones previas y mixtas propuestas declarándolas no probadas⁵.

4.1.2 Inconforme con lo anterior, el apoderado de algunos de los demandados presentó recurso de apelación, el cual fue resuelto por la Sección Quinta en auto de 3 de mayo de 2018 que confirmó la decisión de primera instancia y, además, dispuso que si lo que se pretendía era la nulidad electoral, las demandantes debían renunciar a la pretensión N° 3 de su demanda, es decir, la relacionada con el restablecimiento.

4.1.3 El día 5 de junio de 2018 se reanudó la audiencia inicial, diligencia en la que las demandantes renunciaron a la pretensión antes anotada; se saneó el proceso y se fijó el litigio en los siguientes términos:

“Determinar si se ajustan a derecho los actos administrativos con los cuales el departamento de Caldas efectuó la provisión de cargos de jefe de control interno en varias entidades y organismos del nivel territorial para el periodo 2018-2021 y para resolver se formulan los siguientes interrogantes:

⁵ Se refiere a las de inepta demanda, no habérsele dado a la demanda un trámite que corresponde y falta de competencia.

¿Incumplió el departamento de Caldas las normas rectoras del proceso para la provisión de empleos de jefe de control interno de varias entidades y organismos al ponderar únicamente el puntaje de la prueba de conocimientos y entrevista, sin incluir la prueba comportamental o dicha conducta se amparaba en la facultad discrecional del ejecutivo departamental?

En caso afirmativo ¿fue modificado el orden que debía seguirse para efectuar tales nombramientos?”⁶.

Frente a la anterior decisión, ninguna de las partes presentó reparo alguno por lo que aquella **quedó ejecutoriada y en firme**. Igualmente, se decretaron las pruebas documentales aportadas tanto por la parte demandante, como por la demandada. Asimismo, se decretaron unas pruebas testimoniales.

4.2 Audiencia de pruebas

El 25 de junio de 2018 se llevó a cabo la audiencia de pruebas; diligencia en la que se escuchó la declaración de las señoras Diana Patricia Rincón, Alba Marina Guevara en su calidad de demandantes y de Julieta Toro y Leydi Constanza Ramírez como demandadas.

4.3 Audiencia de alegaciones y Juzgamiento

El día 19 de julio de 2018 se llevó a cabo la citada diligencia en la que las partes alegaron de conclusión retomando los argumentos expuestos a lo largo del proceso y se dictó sentencia en los términos que se resumen a continuación.

5. Sentencia recurrida

Mediante sentencia del 19 de julio de 2018, el Tribunal Administrativo de Caldas falló:

“DECLÁRANSE PROBADAS las siguientes excepciones formuladas por los vinculados **(I) LOS JEFES DE CONTROL INTERNO SON EMPLEADOS PÚBLICOS DE PERIODO QUE NO SE DESIGNAN PREVIO CONCURSO DE PÚBLICO DE MÉRITOS; (II) EL GOBIERNO DEPARTAMENTAL DE CALDAS CUMPLIÓ CON LOS FINES ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY CON LOS NOMBRAMIENTO EFECTUADOS A TRAVÉS DEL DECRETO 510 DE 2017; (III) LA CONVOCATORIA NO GENERABA UN DERECHO ADQUIRIDO; (IV) EN EL PROCESO QUE ANTECEDIÓ AL NOMBRAMIENTO DE LOS JEFES DE LA OFICINA DE CONTROL INTERNO SÍ SE TUVO EN CUENTA EL PRINCIPIO DEL MÉRITO PERO TAMBIÉN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL GOBERNADOR DE CALDAS; (V) EL NOMBRAMIENTO DE LOS JEFES DE CONTROL INTERNO NO DEBÍA**

⁶ Folio 355

HACERSE EN EL ORDEN DERIVADO DE LOS PUNTAJES OBTENIDOS EN LAS DISTINTAS ETAPAS DEL PROCESO, **(VI)** EL NOMBRAMIENTO DE LOS JEFES DE CONTROL INTERNO OBEDECIÓ A LOS LINEAMIENTOS ESTABLECIDOS EN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE CONVOCARON Y REGLAMENTARON EL PROCESO ADELANTADO POR LA GOBERNACIÓN DE CALDAS; **(VII)** INEXISTENCIA DE VULNERACIÓN DEL DEBIDO PROCESO DE LAS ACCIONANTES; **(VIII)** INEXISTENCIA DE LISTA DE ELEGIBLES QUE GENERE DERECHOS O LIMITE LA FACULTAD DISCRECIONAL DEL GOBERNADOR; **(IX)** CUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 44 DEL CPACA Y **(X)** CUMPLIMIENTO AL DECRETO DEPARTAMENTAL 197 DEL 9 DE AGOSTO DE 2017.

En consecuencia, **NIÉGANSE** las pretensiones de la parte actora (...).⁷⁷
(Mayúsculas y negritas en original)

5.1 Para sustentar su decisión, la autoridad judicial de primera instancia enlistó los hechos relevantes probados y aceptó la tacha de imparcialidad formulada contra las declaraciones rendidas por las señoras de Julieta Toro y Leydi Constanza Ramírez, razón por la que sostuvo que prescindiría de valorar tales testimonios.

5.2 Paso seguido, el *a quo* analizó el contenido del artículo 125 Superior, el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011, el artículo 2.2.21.4.1 del Decreto 1083 de 2015, el artículo 15 del Decreto 648 de 2017, la Circular N° 1 de 2017 proferida por el gobierno nacional y los artículos 5; 47 y 49 de la Ley 909; estudio del cual concluyó que el cargo de jefe de oficina de control interno

“en el nivel territorial como especie del nivel directivo, típico cargo de gerencia pública sí cuenta con un procedimiento o sistema reglado de designación, trámite que es precisamente el contenido en el artículo 47 de la Ley 909 de 204 para los cargos gerenciales, y con ello, desvirtúa la aplicación del criterio residual previsto en el artículo 125 constitucional. En otros términos, el empleo en mención no hace parte de aquellos que por expresa disposición o constitucional o legal deban proveerse mediante concurso de méritos”⁷⁸.

5.3 Hechas estas precisiones, el tribunal señaló que resultaban acertadas las posiciones de la parte demandada, cuando sostuvieron que el principio de mérito no necesariamente se garantiza con un concurso, pues esta es tan solo una figura, pero no la única que permite materializarlo, máxime si se tiene en cuenta que en esta designación -jefe de control interno- coexiste el criterio del mérito con la discrecionalidad del nominador.

Por lo anterior, la autoridad de primera instancia coligió que el caso concreto no podía examinarse bajo la regla rígida de los concursos de méritos en los que el nominador se ve inexorablemente compelido a nombrar a los más altos puestos

⁷ Folio 378

⁸ Reverso del folio 375

de la lista, sino que el análisis debía tener en cuenta que en esta designación existe un amplio grado de discrecionalidad.

5.4 Con fundamento en estas consideraciones, el tribunal analizó el caso concreto y determinó que en el *sub examine* se demostró que la potestad discrecional del gobernador se ejecutó respetando el mérito, los principios de transparencia y, además, se ejecutó dentro del marco jurídico que le es propio.

En este contexto, para la autoridad de primera instancia fue evidente que las pretensiones del escrito introductorio debían negarse, pues no se acreditaron ninguna de las causales de nulidad endilgadas; y por el contrario, se demostró que el procedimiento se desarrolló dentro de los cánones constitucionales y con apego al mérito, pero respetando la facultad discrecional de nominador.

6. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión anterior, la apoderada de las demandantes formuló recurso de apelación, escrito en el que presentó los siguientes razonamientos que la Sala resume así:

6.1 Sostuvo que el mérito no es incompatible con la facultad de “libre nombramiento y remoción” o designación de cargos de periodo, ya que en ejercicio de esa facultad el nominador puede elegir realizar un concurso de méritos, el cual debe agotarse en todas sus etapas.

6.2 Aseveró que la Gobernación de Caldas al optar por una clasificación y calificación de cada una de las etapas en realidad optó por un concurso de méritos, de forma que en aplicación del “*principio de realidad sobre las formalidades*” se debe respetar la designación de los mejores puntajes conforme a la calificación.

Al efecto, referenció las etapas del procedimiento de selección y sostuvo que de los criterios calificadorios se obtenía un puntaje que establecía “*los puestos en los que los aspirantes quedan para así proceder al nombramiento de los jefes de control interno*”, de forma que le correspondía al nominador respetar tales puntajes, toda vez que fue el mismo departamento quien señaló la puntuación a asignar.

En este orden de ideas, sostuvo que un banco de hojas de vida implicaría el recaudo de currículos profesionales, en tanto la calificación bajo puntajes implica, *per se*, un concurso de méritos.

6.3 Debe respetarse el acto propio generado por la administración. En este sentido, y de la mano con lo antes referenciado, explicó que en la convocatoria se previó que existirían “*instrumentos de medición*”, elementos que, según su criterio, denotan que en realidad se estaba realizando un concurso de méritos y no una simple convocatoria.

Para las recurrentes la anterior circunstancia generó en los participantes la expectativa de que serían nombrados según el puntaje obtenido en las pruebas realizadas ya que, a su juicio, no tendría sentido someterse al desgaste de evaluaciones y afines, si al final las designaciones no estarían sujetas a los resultados obtenidos por los candidatos. Por lo anterior, para la parte actora es claro que se generó un derecho adquirido para los participantes, consistente en ser nombrados en los cargos ofertados según las calificaciones obtenidas.

En consecuencia, la apoderada de la parte actora sostuvo que como en el caso concreto lo que se adelantó fue un concurso de méritos, debía respetarse el acto propio que así lo decidió, máxime si se tiene en cuenta que pese a que la administración no estaba en la obligación de realizar un procedimiento de tales características, lo cierto es que podía hacerlo, pues la discrecionalidad y la meritocracia no son incompatibles tratándose de cargos de libre nombramiento y remoción⁹.

Asimismo, sostuvo que el hecho de que se realizara un concurso de méritos no otorgaba derechos de carrera a los jefes de control interno, ya que esta figura no es incompatible con la designación de empleados de periodo fijo; opción que fue escogida por el departamento de Caldas y que debió respetarse hasta el final.

6.4 Insistió en que en el caso concreto se realizó un “*concurso de méritos*” en el que se ponderó, únicamente, 2 de los 3 criterios que debían utilizarse, razón por la que no se respetó las reglas fijadas y además conllevó a que el orden adquirido por los participantes se alterara considerablemente.

7. Trámite en segunda instancia

El recurso propuesto fue admitido por el Despacho Ponente el 21 de agosto de 2018¹⁰.

8. Alegatos de conclusión en segunda instancia

Dentro del lapso concedido para alegar se presentaron las siguientes manifestaciones:

8.1 Los demandados Julieta Toro Gómez, Daliris Arias Marín y Fabio Cardona Marín

A través de apoderado judicial, lo citados señores retomaron su integridad los argumentos vertidos en la contestación de la demanda y simplemente añadieron que, si bien es cierto que el principio del mérito no riñe con la facultad discrecional, lo cierto es que lo que ello implica no es la obligación de realizar un concurso de méritos, sino la de utilizar en el designación criterios objetivos, tal y como se hizo en el caso concreto.

⁹ Para sustentar su dicho trajo a colación: consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 22 de marzo de 2017, radicación 25000-23-25-000-2002-04028-01 CP. Margarita Ayala Forero y Corte Constitucional sentencia T-329 de 2009.

¹⁰ Folio 411

Asimismo, señalaron que no era cierto que el procedimiento aplicado fuera un concurso de méritos, como se sostiene en el recurso de apelación, sino una convocatoria en la que acuñaron criterios objetivos de selección, sin que eso implicara una prerrogativa a favor de los participantes, ni tampoco una violación de los principios de transparencia; por el contrario, para los demandados con esa forma de designación lo que se buscaba era precisamente garantizar el principio del mérito.

Indicaron que tampoco podía sostenerse que se defraudó a los participantes, pues siempre estuvo claro que el procedimiento no era un concurso de méritos, sino un proceso de selección para conformar un banco de hojas de vida, de las cuales el gobernador podía nombrar discrecionalmente a quienes considerara idóneos para el cargo, ya que así estaba establecido en la convocatoria pública.

En este contexto, señaló que las consideraciones del tribunal eran acertadas, y por ende, la sentencia de primera instancia debía confirmarse.

8.2 Las demandantes

En escrito radicado el 27 de agosto de 2017, la parte actora alegó de conclusión mediante documento en el que reiteró, en su gran mayoría, los argumentos del recurso de apelación insistiendo principalmente en que: **(i)** en el caso concreto se irrespetó el acto propio, pues pese a que los candidatos participaron creyendo que se trataba de un “*concurso de méritos*”, lo cierto es que las designaciones se realizaron desconociendo el puntaje obtenido; **(ii)** debe darse prevalencia al principio de la realidad sobre las formalidades, en el entendido que la realización de pruebas y la asignación de puntajes, materializaba inexorablemente un concurso de méritos y **(iii)** el puntaje se asignó ponderando únicamente 2 de los 3 criterios previamente establecidos.

8.3 La Gobernación de Caldas

Esta entidad territorial alegó de conclusión en escrito del 29 de agosto de 2018, en el que insistió en que en el caso concreto se adelantó una convocatoria pública que buscaba a través de un proceso objetivo conformar un “*banco de hojas de vida*” con las cuales proveer los cargos de jefe de control interno, armonizando el principio del mérito con la facultad discrecional de la gobernación en la provisión de tales empleos. Para sustentar su postura, retomó íntegramente las consideraciones vertidas en la contestación de la demanda.

9. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

Mediante concepto rendido el 7 de septiembre de 2018, la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se declarara la nulidad de los actos acusados.

Como sustento de su petición describió el sistema de méritos y de convocatoria pública, explicando que según la jurisprudencia de esta Sección, a través de esta

última herramienta se fijan criterios objetivos para la calificación de los aspirantes imperativos al nominador.

Asimismo, el Ministerio Público explicó que en ciertos casos *“esos criterios objetivos hacen que la convocatoria mude su naturaleza a un concurso de méritos que, como tal, impone la escogencia del mejor, es decir de aquel o aquellos que hubiesen obtenido los mejores puntajes”*.

En este orden de ideas, señaló que en el caso concreto estaba acreditado, de un lado, que se adelantó un procedimiento en el que se aplicaron criterios objetivos de selección, los cuales modificaron la naturaleza de la convocatoria a un concurso de méritos, y de otro, que pese a lo anterior las designaciones no recayeron en quienes obtuvieron los mejores puntajes, pues está demostrado que los señores Lina María Cardona, Adrián Alejandro Reyes, Alba Marina Posada y Diana Patricia Rincón pese a tener un puntaje más alto que los efectivamente designados, no fueron nombrados como jefes de control interno en alguna entidad del departamento.

Por lo anterior, para la vista fiscal se debe revocar el fallo de primera instancia, pues pese a que la Gobernación de Caldas adelantó un verdadero concurso de méritos, lo cierto es que los que resultaron designados no fueron los que obtuvieron el más alto puntaje.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.9 y 292 del CPACA corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las demandantes contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2018 en la que el Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones de la demanda electoral por ellas formuladas.

Lo anterior se refuerza, además, porque lo que se controvierte es el acto de nombramiento de unos funcionarios del departamento de Caldas, acto que según las voces del artículo 139 del CPACA es pasible del medio de control de nulidad electoral, el cual según el reglamento interno del Consejo de Estado corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado.

2. Actos demandados

Corresponden a:

2.1 Decreto N° 510 del 26 de diciembre de 2017 proferido por la Gobernación de Caldas *“por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento”*

2.2 Decreto N° 001 de 2018 proferido por la Gobernación de Caldas *“por medio del cual se modifica el artículo primero del Decreto 510 de 26 de diciembre de*

2017 por medio del cual se hacen unas designaciones de periodo fijo para proveer los cargos de jefe de control interno del departamento.”

Ambos actos obran a folios 33 a 41 del expediente.

3. Problema jurídico

Conforme a lo expuesto corresponde a la Sala establecer si debe modificar, confirmar o revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas que negó las pretensiones de la demanda. Para el efecto, en **primer lugar**, se realizarán algunas consideraciones sobre la designación de los jefes de control interno; **paso seguido**, se examinará el caso concreto y **finalmente**, se expondrán algunas conclusiones.

4. De la designación de los jefes de control interno

Según el artículo 1º de la Ley 87 de 1993 el control interno es “ *el sistema integrado por el esquema de organización y el conjunto de los planes, métodos, principios, normas, procedimientos y mecanismos de verificación y evaluación adoptados por una entidad, con el fin de procurar que todas las actividades, operaciones y actuaciones, así como la administración de la información y los recursos, se realicen de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes dentro de las políticas trazadas por la dirección y en atención a las metas u objetivos previstos (...)*”.

Debido a su importancia dentro de la organización estatal, el legislador consideró necesario que cada entidad pública tuviera una oficina de control interno que estaría precedida por un jefe. En la misma normativa- Ley 87 de 1993- se estableció, además, que la forma de designación del citado empleo sería la establecida por la ley. Por ello, en el artículo 11 ibídem, modificado por el artículo 8º de la Ley 1474 de 2011 se previó que:

“Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

Cuando se trate de entidades de la rama ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este funcionario será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la rama ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de

control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.

PARÁGRAFO 1o. *Para desempeñar el cargo de asesor, coordinador o de auditor interno se deberá acreditar formación profesional y experiencia mínima de tres (3) años en asuntos del control interno.*

PARÁGRAFO 2o. *El auditor interno, o quien haga sus veces, contará con el personal multidisciplinario que le asigne el jefe del organismo o entidad, de acuerdo con la naturaleza de las funciones del mismo. La selección de dicho personal no implicará necesariamente aumento en la planta de cargos existente.” (Resalta la Sala)*

Como puede observarse, la ley no realizó mayor desarrollo respecto a la designación del cargo de jefe de control interno de las entidades territoriales, debido a que se limitó a sostener que: i) aquel es un cargo de periodo fijo; ii) que se provee por la máxima autoridad administrativa del municipio o departamento y iii) el nombramiento debe realizarse en la mitad del periodo del alcalde o gobernador, según el caso.

Sin embargo, no se puede perderse de vista que esta disposición tuvo su reglamentación en el Decreto 1083 de 2015, que sobre el punto dispuso:

“ARTÍCULO 2.2.21.4.1. DESIGNACIÓN DE RESPONSABLE DEL CONTROL INTERNO. *Para la verificación y evaluación permanente del Sistema de Control, el Presidente de la República designará en las entidades estatales de la Rama Ejecutiva del orden nacional al jefe de la Unidad de la oficina de control interno o quien haga sus veces, quien será de libre nombramiento y remoción.*

Cuando se trate de entidades de la Rama Ejecutiva del orden territorial, la designación se hará por la máxima autoridad administrativa de la respectiva entidad territorial. Este empleado será designado por un período fijo de cuatro años, en la mitad del respectivo período del alcalde o gobernador.

<Inciso adicionado por el artículo 15 del Decreto 648 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:> El nombramiento de estos servidores deberá efectuarse teniendo en cuenta el principio del mérito, sin perjuicio de la facultad discrecional de la que gozan las autoridades territoriales.”

Bajo este panorama normativo, la Sala encuentra que el jefe de control interno es un cargo de periodo fijo -4 años-, que se provee por la autoridad administrativa de la entidad territorial a la mitad del periodo respectivo y su designación debe realizarse consultando el principio de mérito, pero sin perjuicio de la facultad discrecional de quien realiza la designación.

Lo anterior significa que, en principio, el ordenamiento jurídico no estableció un procedimiento unívoco para designar al jefe de la oficina de control interno; circunstancia que impone colegir que existe cierta autonomía a cargo del nominador, que no puede traducirse en arbitrariedad, para proveer dicho empleo. Esto es así, porque la ausencia de desarrollo legal o reglamentario no puede erigirse como un obstáculo en la designación del citado cargo.

Es de advertir que pese a la discrecionalidad que ostenta el alcalde o gobernador para nombrar al jefe de control interno, lo cierto es que en el nombramiento se deberán garantizar no solo los postulados constitucionales inherentes al acceso a la función pública, sino también y en atención a lo dispuesto en el decreto en cita, el principio del mérito.

Ahora bien, uno de los puntos de disputa en el caso concreto es el relativo a que implica “*la garantía del principio de mérito, sin perjuicio de la facultad discrecional*”, toda vez que las partes acuñan interpretaciones disímiles al respecto. En efecto, mientras para la parte recurrente el mérito se garantiza, exclusivamente, mediante un concurso de méritos; para la parte demandada, así como para la autoridad que expidió los actos acusados, lo que ello implica es que pueden utilizarse diversas figuras de selección, siempre y cuando estas armonicen el principio del mérito con la facultad discrecional.

Para la Sala, por las razones que se explicarán, es la segunda posición la que debe acuñarse ya que, debido a las características propias del principio del mérito, aquel no se agota con la realización de un concurso, sino que puede materializarse a través de diversas figuras y escenarios que no necesariamente están atados a las reglas del concurso.

En este sentido, resulta ilustrativo lo concluido por la Corte Constitucional en sentencia C-123 de 2013 en la que sobre el principio del mérito estableció:

*“... la provisión de empleos mediante concurso no es exclusiva de la carrera administrativa y tampoco lo es el mérito, por lo que, en consecuencia, la acreditación de las respectivas calidades también se exige respecto de cargos que no sean de carrera, ya sea mediante concursos adelantados para tal efecto o en virtud de mecanismos distintos cuya finalidad sea establecer la idoneidad de los aspirantes. (...) Ahora bien, el mérito que se requiere para entrar a ejercer la función pública no corresponde al surgido del reconocimiento o de la estima que el conglomerado social suele discernir a quien ha realizado acciones merecedoras de encomio, ni al actuar loable generador de un justo premio o recompensa, sino a las **condiciones subjetivas o de formación configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer**, razón por la cual debe apreciarse en concreto, vale decir en relación con el cargo específico al que se aspira y con las necesidades del servicio que se deban atender mediante su ejercicio. Refiriéndose a la carrera administrativa y al concurso público, **con***

palabras aplicables a cualquier proceso, la Corte ha puntualizado que ‘el proceso de selección entero se dirige a comprobar las calidades académicas, la experiencia y las competencias requeridas para el desempeño de los empleos’ (...). El proceso de selección se orienta a la ‘determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias del cargo’” (negritas en original)

En este contexto, es claro que el principio del mérito no se agota con la realización de un concurso, pues cuando la administración en el marco del proceso de selección de los jefes de oficina de control interno analiza aspectos como (i) las calidades académicas, (ii) la experiencia o (iii) las competencias está examinando, bajo condiciones objetivas, la idoneidad para el desempeño de ese cargo.

Conforme a lo expuesto, no cabe duda que, contrario a lo asegurado por las recurrentes, tratándose de la designación del jefe de control interno, la garantía del principio del mérito no está ligada a la realización de un concurso de tales características, menos cuando como en el caso objeto de estudio, el ordenamiento jurídico, de forma, expresa, consagró que dicho principio debe armonizarse con la potestad discrecional de la administración.

En otras palabras, para la Sala Electoral es totalmente viable en el caso concreto, es decir, tratándose de la elección de los jefes de oficina de control interno, salvaguardar el principio de mérito sin tener que acudir a la figura del concurso, debido a que bastará con que se garantice que quien resulte designado a través de cualquiera de tales formas eleccionarias cumpla con las condiciones de capacidad e idoneidad que le permitan atender con solvencia las necesidades propias del cargo al que accede, para entender que dicho principio se satisfizo.

Por supuesto, no debe perderse de vista que sea fuere cual fuere la forma de designación por la que opte el nominador para armonizar el mérito con la facultad discrecional en la designación del jefe de control interno, **lo cierto es que estará obligado a cumplir a cabalidad con las reglas fijadas para la designación**, pues como ha sostenido esta Sección tales actuaciones se erigen como “un *marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia...*”¹¹

Esto es así, porque los actos a través de los cuales se convoca a la ciudadanía a participar para la designación de ciertos cargos “*generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración*”¹².

¹¹Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2018, radicación: 11001-03-28-000-2014-00128-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo: Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.

¹² *Ibíd*em

Así las cosas, independiente de que se opte por un concurso o por otro mecanismo, lo cierto es que en cualquier evento la autoridad estará en la obligación de aplicar a cabalidad las reglas fijadas para la designación.

En consecuencia, si el alcalde o gobernador optó por un concurso, pese a que no tenía la obligación de hacerlo, estará ceñido por las reglas propias del mismo, es decir, la obligatoriedad de nombrar según la lista de elegibles; por el contrario, si prefirió una convocatoria u otra herramienta similar, en todo caso, estará compelido a respetar los parámetros y demás lineamientos que socializó a los participantes en el acto respectivo.

5. Caso concreto

Con fundamento en las consideraciones que preceden y para resolver el recurso de apelación propuesto, es menester que la Sala establezca la naturaleza del procedimiento adelantado por la Gobernación de Caldas, es decir, determine si aquel fue un verdadero concurso de méritos como asegura la parte recurrente o si, por el contrario, se trató de una convocatoria con criterios objetivos. Esto es así, porque solo en esa medida se podrá determinar si la Gobernación de Caldas irrespetó los términos fijados en el Decreto 197 de 2017 y, por ende, designó por fuera de la “lista de elegibles” tal y como sostienen las recurrentes.

Al respecto obra en los folios 18 a 22 del expediente copia del Decreto Departamental 197 de 2017, a través del cual se convocó a la ciudadanía a “*presentar su hoja de vida para la provisión en propiedad de [el empleo de jefe de unidad u oficina de control interno]*”¹³ en él se fijaron las siguientes cláusulas relevantes:

- En el artículo 1º se estableció que su objetivo y fin era implementar y convocar el procedimiento para la conformación de un banco de hoja de vidas y la consiguiente provisión de empleos de jefe de control interno.
- En el artículo 2º se dispuso que el procedimiento estaría compuesto por las siguientes fases relevantes: i) inscripción; ii) recepción de documentos; iii) verificación de requisitos, aplicación de prueba de conocimientos, de competencias laborales y entrevista y iii) conformación del banco de elegible.
- En el artículo 10º se contempló que solo quienes cumplieran requisitos podrían conformar la “*lista del banco de elegibles*”.
- En el artículo 11 se estipuló que del banco de hojas de vida “*la gobernación de Caldas podrá designar a los jefes o asesores de control interno, conforme a las condiciones del empleo y las necesidades de la administración pública*”.

¹³ Folio 19. Este acto también se encuentra disponible en <https://caldas.gov.co/index.php/inicio/nuestra-gestion/actos-administrativos/decretos>

- En el artículo 12 se previó que para conformar el banco de hojas de vida se implementarían los siguientes instrumentos de medición:

INSTRUMENTO DE MEDICIÓN	CARÁCTER	PUNTAJE MÍNIMO	PORCENTAJE
Conocimientos	eliminatorio	70/100	40
Competencias comportamentales	clasificatoria	N/A	30
Entrevista	clasificatoria	N/A	30
Total			100

- Los artículos 14, 18 y 20 dan cuenta que para cada prueba aplicada se dispuso, además, un periodo de reclamaciones.
- En el artículo 22 se previó: *“Designaciones: quienes superaron todas y cada una de las etapas **podrán** ser designado (sic) por el Gobernador de Caldas como Jefes o asesores de control interno (...) **parágrafo:** el Gobernador de Caldas mantendrá sus facultades discrecionales para designar a los jefes de control interno de acuerdo a lo establecido en la constitución y la ley”.*
- Por su parte en el artículo 23 se consagró: *“Aclaración: el presente proceso no constituye un concurso de méritos, ni una convocatoria que genere derechos, ni limite la facultad discrecional del nominador, en este caso, el gobernador de Caldas”*

También obra copia del Decreto 458 de 2017 a través del cual se modificó el artículo 12 del Decreto 197 en el sentido de precisar que el puntaje mínimo requerido para aprobar la prueba de conocimientos, ya no sería 70 sino 60 puntos.

En este contexto, la Sala encuentra que el procedimiento adoptado por la Gobernación de Caldas no se erigió como un concurso de méritos, sino como una convocatoria con criterios objetivos de selección. Esto se explica no porque una frase en ese sentido se haya acuñado en el texto del Decreto 197 de 2017, sino porque al analizar tal acto se observa que la facultad discrecional de la administración siempre estuvo presente y fue transversal a la actuación.

En efecto, en el referido acto se dispuso de manera clara y diáfana que los nombramientos se sujetarían a la potestad discrecional del gobernador y que, por ende, aquellos no necesariamente responderían a una *“lista de elegibles”*, pues bastaría haber superado las etapas del procedimiento para que la autoridad departamental pudiera designar a algún participante como jefe de control interno.

Sobre el punto resulta ilustrativo el artículo 21 del Decreto 197 de 2017, en el que de forma expresa se previó que quienes superaran las etapas **podrían** ser designados por el gobernador como jefes de control interno. Nótese como el

verbo utilizado en la convocatoria es “podrán”, para denotar que cualquiera de los participantes que hubiesen superado las etapas tenía la posibilidad de acceder al cargo.

Lo propio sucede al examinar el artículo 11 del Decreto 197 de 2017, pues en tal disposición se refuerza la discrecionalidad que tenía el gobernador en la designación de los jefes de control interno al establecer que el cargo sería ocupado por quien la autoridad departamental considerara idóneo conforme a las condiciones del empleo y las necesidades de la administración.

De hecho, desde el nombre mismo de la convocatoria se podría sostener que aquel no pretendía erigirse como un concurso de méritos, pues lo que se pretendía era “*conformar un banco de hojas de vida*” para la selección de las personas que ocuparían los cargos.

Tampoco la Sección encuentra que la Gobernación de Caldas haya aludido de manera analógica a las normas de los concursos o hubiese previsto que la designación se realizaría conforme a los resultados obtenidos al punto que los participantes pudieran pensar que se trataba de un concurso. Por el contrario, lo que está demostrado es que se dejó en claro que los nombramientos recaerían en cualquiera que hubiese superado las etapas pertinentes.

En este orden de ideas, pese a que está demostrado que se aplicaron distintas pruebas y que a estas se les asignó cierto puntaje, lo cierto es que por esa circunstancia no puede predicarse una transformación en la naturaleza del procedimiento a un concurso de méritos. Lo anterior, debido a que el énfasis del procedimiento no estaba en las calificaciones obtenidas por los participantes, sino en la discrecionalidad que tendría el gobernador al momento de realizar las designaciones.

Bajo estas consideraciones, para la Sala Electoral es claro que en el caso concreto, la convocatoria estableció a favor de la autoridad departamental un **amplio grado de discrecionalidad** que evidencia que el procedimiento adelantado para la provisión de los cargos de jefe de oficina de control interno no era un concurso de méritos, pese a incluir en su desarrollo etapas como la aplicación de pruebas o de reclamaciones, sino un procedimiento con elementos objetivos.

En este sentido, debe resaltarse que la inclusión de criterios objetivos en un procedimiento de selección tal y como la realización de pruebas o la asignación de puntajes no conlleva, al menos no *per se* cómo entienden las recurrentes y el ministerio público, a sostener que por ese hecho la actuación “muta” a un concurso de méritos.

Para sostener que una actuación que aparentemente es un procedimiento de selección se erige en realidad como un concurso de méritos debe estar demostrado que el criterio fijado por la administración para realizar la designación era el del puntaje más alto y no simplemente la inclusión de elementos objetivos

que brinda a la actuación un criterio transparente y en garantía del principio de mérito.

Es precisamente, ese aspecto el que se echa de menos en el caso concreto ya que, como se explicó, el criterio que desde un inicio adoptó la Gobernación de Caldas para el nombramiento de los jefes de control interno fue el de la autonomía de la máxima autoridad departamental para escoger de aquellos que superaran las etapas fijadas en la actuación.

Ciertamente, está demostrado que las designaciones acusadas recayeron en personas que superaron las etapas fijadas en el Decreto 197 de 2017. Veamos:

Según consta en el acto acusado la designación recayó en los siguientes participantes: Julieta Toro Gómez, Leydy Constanza Ramírez Montes, Juan Pablo Herrera Arce; Fabio Cardona Marín, Lina María Serna Jaramillo, María Judith Ramírez Gómez, Carlos Alberto Aristizábal, Nubia del Socorro Ramírez, Raúl Alfonso Aristizábal, Daliris Arias Marín.

Por su parte, en los folios 168 a 171 del cuaderno contentivo de la actuación adelantada por la Gobernación de Caldas se observa que los citados ciudadanos obtuvieron la siguiente puntuación en cada una de las pruebas realizadas:

Nombre	Prueba de conocimientos	Prueba comportamental	Entrevista	Promedios de las 3 pruebas
Julieta Toro Gómez	74	26.4	90	64.5
Leydy Constanza Ramírez Montes	60	33	90	60.9
Juan Pablo Herrera Arce	60	19.8	90	56.9
Fabio Cardona Marín	60	13.2	90	55
Lina María Serna Jaramillo	68	46.2	90	68.1
María Judith Ramírez Gómez	66	39.4	80	66.3
Carlos Alberto Aristizábal	72	13.2	90	59.8
Nubia del Socorro	60	26.4	90	58.9

Ramírez				
Raúl Alfonso Aristizábal	74	26.4	89	64.2
Daliris Arias Marín	64	33	90	62.5

Como puede observarse todos y cada uno de los nombrados alcanzaron la puntuación mínima requerida. Especialmente, todos lograron al menos 60 puntos en la prueba de conocimientos que tenía carácter eliminatorio.

En consecuencia, debe concluirse que, contrario a lo asegurado por la parte recurrente, se demostró que se respetaron las reglas fijadas para el procedimiento de selección, toda vez que el nombramiento recayó en aquellos que superaron las fases tal y como se dispuso en el Decreto 197 de 2017.

Se reitera que en el caso concreto no existía obligación para nombrar bajo el criterio del puntaje más alto, debido a que en la convocatoria se previó que la designación recaería en cualquiera que hubiese superado las fases previstas y eso fue precisamente lo que acaeció.

Bajo este panorama, es claro que los razonamientos del recurso de apelación no están llamados a prosperar, ya que:

i) La gobernación no estaba en la obligación de realizar un concurso de méritos, pues dentro del marco de su autonomía podía elegir el mecanismo que considerara más idóneo para realizar la designación;

ii) Se acreditó que el procedimiento contenido en el Decreto 197 de 2017 no era un concurso de méritos, sino uno de selección con criterios objetivos en el que el aspecto transversal con el que se realizaría la designación sería la facultad discrecional del gobernador de escoger de aquellos participantes que hubiesen superado las etapas fijadas.

iii) Según dan cuenta las pruebas aportadas, la designación recayó efectivamente en las personas que superaron las etapas fijadas, de forma que se respetaron las reglas propias de la convocatoria.

Lo anterior impone concluir que el argumento de las recurrentes según el cual se modificaron los puntajes y, por ende, la lista de elegibles no tiene asidero jurídico, pues es claro que el gobernador podía designar a cualquiera de las 20 personas que superaron las etapas del procedimiento con independencia del puntaje obtenido, comoquiera que no se trataba de un concurso de méritos, y eso fue precisamente, lo que ocurrió.

Tampoco puede predicarse un desconocimiento del acto propio, debido a que fue en el Decreto 197 de 2017 -convocatoria- en el que se previó que la designación de los jefes de control interno no respondería al criterio del “*puntaje más alto*”,

sino al de la idoneidad y mérito, según lo considerado por el gobernador departamental.

En este contexto, no cabe duda de que los argumentos de la apelación no tienen vocación de prosperidad y que, por consiguiente, se impone confirmar la sentencia de primera instancia.

6. Conclusiones

Conforme a las consideraciones antes expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, habida cuenta que ninguno de los argumentos expuestos en el recurso de apelación logró desvirtuar las conclusiones a las que arribó la autoridad de primera instancia.

Asimismo, y conforme a la sustitución de poder obrante a folio 431 del expediente se reconocerá personería al apoderado Juan Manuel Gómez Castro como apoderado de los señores Julieta Toro, Daliris Arias y Fabio Cardona Marín.

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

III. FALLA:

Primero: Confirmar la sentencia del 19 de julio de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas a través de la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad electoral formulada por las señoras Alba Marina Posada Guevara y Diana Patricia Rincón Cano.

Segundo: Reconocer al abogado Juan Manuel Gómez Castro como apoderado de los señores Julieta Toro, Daliris Arias y Fabio Cardona Marín, según la sustitución de poder aportada en el trámite de la segunda instancia.

Tercero: Devolver al Tribunal de origen para lo de su cargo

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Deber de analizar en la sentencia la competencia de la Sección Quinta en tratándose de un concurso de méritos / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Acumulación de procesos

Consideré que el asunto que ocupó la atención de la Sala debió analizarse y así plasmarse en el hoy fallo, en una explicación que decantara por qué si el contexto fáctico del caso concreto reflejaba la condición, aparente o no, de un concurso de méritos, la Sección Quinta asumió el conocimiento y lo falló, si se ha dicho que lo que tenga que ver con concursos –sin diferenciar si son formales o no porque tal vicisitud no se ha abordado aún- es de conocimiento de la Sección Segunda, en razón a la naturaleza de la especialidad de la materia del asunto repartido, por lo que consideré y sugerí, que en aras de clarificar el punto, se ameritaba estructurar un capítulo que precisara el tema. Dentro de los ejes temáticos que llamaron mi atención, luego de observado el asunto a decidir, encontré un aspecto que considero de fundamental importancia y es el de la acumulación de procesos, pues si bien tanto el acto demandado como su modificatorio fueron uno solo para todos los demandados, pues las designaciones de todos y cada uno se contienen en el DECRETO 510 DE 26 DE DICIEMBRE DE 2017 (acto demandado), es ineluctable que los procesos debieron ser escindidos a razón de cada uno, según la designación demandada. Lo argumenté de ese modo al momento del debate del entonces proyecto, por cuanto el artículo 282 del CPACA, norma especial y aplicable a la nulidad electoral, consagra que se podrán fallar en una sola sentencia los procesos en los que se impugne un mismo nombramiento, pero noto que conforme narran los antecedentes no solo se eligió a la jefe de control interno de la Gobernación de Caldas, sino a aquellos que fungirían ese cargo en la Industria Licorera, en el Colegio Integrado Nacional Oriente Caldas, en EMPOCALDAS, en el Hospital Universitario Santa Sofía, en la Dirección Territorial Salud de Caldas, en la ESE Hospital Dpto San Antonio de Villamaría; en la ESE Hospital Dptal San José de Neira y en INFICALDAS.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 282

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 17001-23-33-000-2018-00019-02

Actor: ALBA MARINA POSADA GUEVARA Y DIANA PATRICIA RINCÓN CANO

Demandado: FABIO CARDONA MARÍN y OTROS (JEFES DE CONTROL INTERNO DE DISTINTAS ENTIDADES DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS)

Electoral - Aclaración de voto

Con el acostumbrado respeto, he de manifestar que aunque comparto la decisión tomada en el presente caso, de confirmar la denegatoria de pretensiones, me permito aclarar el voto, frente a aspectos muy puntuales de las consideraciones, las cuales expuse a la Sala en el momento del debate y estudio del entonces proyecto y que itero como sustento de mi disidencia.

1) El conocimiento por parte de la Sección Quinta

Consideré que el asunto que ocupó la atención de la Sala debió analizarse y así plasmarse en el hoy fallo, en una explicación que decantara por qué si el contexto fáctico del caso concreto reflejaba la condición, aparente o no, de un concurso de méritos, la Sección Quinta asumió el conocimiento y lo falló, si se ha dicho que lo que tenga que ver con concursos –sin diferenciar si son formales o no porque tal vicisitud no se ha abordado aún- es de conocimiento de la Sección Segunda, en razón a la naturaleza de la especialidad de la materia del asunto repartido, por lo que consideré y sugerí, que en aras de clarificar el punto, se ameritaba estructurar un capítulo que precisara el tema.

2) La acumulación de procesos en materia de nulidad electoral

Dentro de los ejes temáticos que llamaron mi atención, luego de observado el asunto a decidir, encontré un aspecto que considero de fundamental importancia y es el de la acumulación de procesos, pues si bien tanto el acto demandado como su modificadorio fueron uno solo para todos los demandados, pues las designaciones de todos y cada uno se contienen en el **DECRETO 510 DE 26 DE DICIEMBRE DE 2017** (acto demandado), es ineluctable que los procesos debieron ser escindidos a razón de cada uno, según la designación demandada.

Lo argumenté de ese modo al momento del debate del entonces proyecto, por cuanto el **artículo 282 del CPACA**, norma especial y aplicable a la nulidad electoral, consagra que se podrán fallar en una sola sentencia los procesos en los que se impugne **un mismo nombramiento**, pero noto que conforme narran los antecedentes no solo se eligió a la jefe de control interno de la Gobernación de Caldas, sino a aquellos que fungirían ese cargo en la Industria Licorera, en el Colegio Integrado Nacional Oriente Caldas, en EMPOCALDAS, en el Hospital Universitario Santa Sofía, en la Dirección Territorial Salud de Caldas, en la ESE Hospital Dpto San Antonio de Villamaría; en la ESE Hospital Dptal San José de Neira y en INFICALDAS.

Por lo que sugerí así mismo, como aconteció respecto al tema del numeral 1 de este escrito, que la Sala explicara el porqué de la viabilidad de esa acumulación de designaciones, siendo que no se trataba de “**un mismo nombramiento**”, en tanto no es la generalidad de la nominación como por ejemplo “jefe de control interno”, ni el grado, ni el nivel, lo que determina que se predique la restrictiva expresión “un mismo nombramiento” sino las condiciones e individualidad que se predica de cada persona en la relación legal y reglamentaria y/o contractual que determina su ingreso a la entidad de que se trata, en este caso, al Departamento de Caldas en el contexto de sus distintas entidades o dependencias, conforme a las voces del artículo 282 precitado y, por demás, era pasible de ser decantado por el operador *ad quem* al no ser un aspecto del que se requiera rogación.

En los términos anteriores, dejo presentada mi aclaración de voto.

Cordialmente,

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado



SC5780-6-1



GP059-6-1

