C-126-18

Sentencia C-126/18

INHABILIDADES PARA CONTRALOR MUNICIPAL-Inexequibilidad de la expresión “o como encargado”

La imposición de una inhabilidad que, aun cuando temporal, impide que quienes vinieren ejerciendo en condición de encargo como contralores municipales o como auditores de las contralorías municipales, pudieran aspirar a ser elegidos como nuevos contralores titulares no se ajusta a la Constitución Política al violar los artículos 13, 40 y 272, inciso 8º superiores. La referida inhabilidad, al no ser idónea para alcanzar los fines que exige la Constitución para el acceso a los cargos públicos, establece una temporalidad que afecta desproporcionadamente el referido de derecho de acceso. Más allá, la norma, también resulta evidentemente desproporcionada a la luz de las inhabilidades que, para casos similares, prevén tanto el inciso 8º del artículo 272 constitucional, como la primera parte del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994; normas estas que otorgan a otros funcionarios municipales un régimen de inhabilidades mucho más benévolo sin que el más severo que prevé la norma objeto de esta sentencia se encuentre justificado.

CONTRALOR MUNICIPAL-Inhabilidades

CONTRALORIA MUNICIPAL Y DISTRITAL-Autonomía administrativa, presupuestal y contractual

AUDITOR GENERAL DE LA REPUBLICA-Vigilancia de contralorías municipales y distritales

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN INHABILIDADES-Límites

INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO CONTRALOR TERRITORIAL-Jurisprudencia constitucional

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Inexistencia

ENCARGO-Concepto/ENCARGO-Alcance

CONTRALOR MUNICIPAL-Encargo

AUDITOR DE CONTRALORIA MUNICIPAL-Encargo de funciones

Referencia: Expediente D-12201

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 163 (parcial) de la Ley 136 de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”

Actor: Carlos Saúl Sierra Niño

Magistrada ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D. C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Saúl Sierra Niño, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó la expresión “o como encargado” que contiene el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 por considerar que vulnera los artículos 13 y 40 de la Constitución Política. Luego de los trámites de rigor la demanda fue fijada en la Secretaría General de la Corte para permitir la participación ciudadana. Inicialmente intervinieron la Federación Colombiana de Municipios y la Contraloría General de Santiago de Cali. Posteriormente el Procurador General de la Nación emitió el concepto de su competencia, lo cual hizo a través del Viceprocurador General de la Nación con funciones de Procurador General de la Nación.

II. NORMA DEMANDADA

A continuación se transcribe el texto del artículo 163 de la Ley 136 de 1994, tal y como

este quedara luego de ser reformado por el artículo 9º de la Ley 177 de 1994 y resaltando en negrilla y subraya el aparte legal acusado:

“LEY 136 de 1994

(junio 2)

Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

Ley 177 de 1994.- ART. 9º—El artículo 163 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“ART. 163. — Inhabilidades. No podrá ser elegido contralor quien:

a) Haya sido contralor o auditor de la contraloría municipal en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado;

b) Haya sido miembro de los tribunales que hagan la postulación (o del concejo que deba hacer la elección)[1], dentro de los tres años anteriores, y

c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable”.

III. LA DEMANDA

El demandante considera que el aparte legal acusado debe declararse inexequible por contrariar los artículos 13 y 40 numeral 7 de la Constitución Política.

Como fundamento de su demanda el actor inicialmente manifiesta que el aparte legal demandado vulnera el derecho constitucional de igualdad al permitir un trato discriminatorio. Según el demandante, de la Sentencia C-1372 de 2000[2] se desprende que “el legislador se encuentra obligado a instituir normas objetivas, sin desarrollar ningún tipo de distinción que suponga concesiones inmerecidas para unos, o como en el caso de la norma demandada, un trato desdeñoso respecto de otros. Por tal razón, las diferencias que se introduzcan deben tener como finalidad la realización del propósito constitucional de la igualdad real, o el desarrollo de los postulados de justicia distributiva”, lo cual –sostiene el actor- no se cumple en la norma demandada.

El demandante además argumenta que la facultad de establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que posee el legislador frente al desempeño de ciertos cargos públicos "se encuentra [limitada] por los principios, valores y derechos fundamentales contenidos en la propia Constitución, como en los parámetros señalados directamente por el Constituyente, en relación con las inhabilidades para determinados servidores públicos". Por ejemplo, en el caso de los contralores municipales, el actor sostiene que "el artículo 272 fija algunas de las inhabilidades para desempeñar ese cargo, al tiempo que ningún contralor podría ser reelegido. Prohibición ésta que se constituye en una causal de inhabilidad (sic)".

El accionante también considera que el legislador adicionó una causal de inhabilidad "prohibiendo la elección para contralor municipal del ciudadano que en cualquier tiempo del período inmediatamente anterior a la elección, hubiese ejercido dicho cargo en calidad de encargado, equiparando la condición de éste con la del ciudadano que por elección y en propiedad, ha ejercido dicho empleo", poniendo a los dos sujetos en un plano de igualdad carente de "razonabilidad y proporcionalidad" y sin un argumento "que justifique que un ciudadano no pueda ser elegido contralor municipal" si ejerció en encargo temporal dicho cargo, en "cualquier tiempo del periodo inmediatamente anterior".

Para el demandante, no existe razón para que una persona que, por ejemplo, ha sido encargada "por tres días o por un mes" de una contraloría municipal durante el primer año del periodo del contralor titular, quede inhabilitada "cuando ninguno de los principios que rigen el ejercicio fiscal: transparencia, neutralidad, igualdad, entre otros, resultarían desconocidos por el hecho de la elección, como tampoco se desconoce el fundamento último de la prohibición de la reelección que contempla el Constituyente en el artículo 272, que no es otra que evitar la perpetuidad en el ejercicio de este cargo". Para el actor la inhabilidad correspondiente vulnera el derecho de los ciudadanos a ejercer cargos públicos así como el principio de igualdad en tanto "un funcionario público del orden municipal puede aspirar a ser elegido contralor municipal, cuando hace dejación de su cargo un año antes de la elección", a diferencia de aquel que fue encargado, al que sí "se le aplica la inhabilidad sin tener en cuenta factor temporal alguno".

Luego de citar apartes de la Sentencia C-1372 de 2000 de la Corte en torno a los propósitos del encargo, para sustentar que en la disposición demandada existe una circunstancia

discriminatoria, el actor argumenta:

“a) En cuanto al criterio de comparación (…) la disposición acusada, contempla una causal que ni siquiera se encuentra contemplada en la Constitución Política (…). Por ende, al establecer una medida que inhabilite también a los contralores o auditores encargados, crea un trato igual a lo que por esencia es distinto.

b) En cuanto al segundo presupuesto, al tratamiento desigual entre iguales, más que trato desigual entre iguales, constituye también una discriminación al conceder tratamiento igual a lo que en esencia es distinto a la vista de la Constitución Política, puesto que ésta solo contempla inhabilidades cuando se entienda ‘un término razonable y proporcional’[3] lo cual no reúne las condiciones para las personas como (sic) el encargo, se constituya como causal de inhabilidad para ser elegido Contralor.

c) En cuanto al tercer cargo, que es la justificación constitucional del trato diferenciado, no existe en la Constitución Política, que se establezcan prohibiciones sobre cargos temporales como es un cargo por encargo, así lo estableció esta misma Corporación en Sentencia C-1237 del 2000 (sic)”. (Él énfasis es fuera de texto)

Con base en lo anterior, el actor solicita la declaración de inexequibilidad de la expresión “o como encargado” contenida en el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

1. Federación Colombiana de Municipios

La Federación Colombiana de Municipios intervino en el proceso y solicitó que se declarara la inexequibilidad de la norma acusada. Previo a sustentar su solicitud, la entidad comentó que, mediante anterior auto del 21 de abril de 2017, proferido dentro del expediente D-12018, el respectivo magistrado sustanciador inadmitió demanda propuesta por el mismo actor y con el mismo objeto, “en esencia porque no especificó debidamente de qué manera resultaba desproporcionada a la luz del derecho de acceder a los cargos públicos la limitación impuesta en el artículo 163 de la Ley 136 de 1994”. La interviniente señaló que en dicha providencia “la Corte llama la atención acerca de que la inhabilidad pesa no sólo sobre quien ejerza como encargado “en todo o parte del periodo inmediatamente anterior”, sino también respecto de quien lo haga como titular”. Así las cosas, la interviniente concluyó que “evidentemente no existe una discriminación respecto del encargado, más

bien podría decirse que ella ocurre en detrimento del titular".

La interviniente continuó citando una providencia del Consejo de Estado en donde, según señaló, dicha Corporación concluyó que "quien en realidad "reemplaza" al Gobernador es aquel que ya por nombramiento, ya por elección, sustituye al titular para el periodo restante"[4]. Para la interviniente, lo sostenido por el Consejo de Estado estaría en armonía con el argumento usado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1372 de 2000[5] para declarar la inexequibilidad de la expresión "como encargado" del artículo 6º de la Ley 330 de 1996, según la cual la razón determinante para excluir a la norma del ordenamiento jurídico fue su desproporción, no su ausencia de razonabilidad.

Conforme a lo anterior, la Federación Colombiana de Municipios concluyó que "parecería que lo sensato es entender que la norma demandada debe ser declarada inexequible, con la aclaración de que si el encargo tiene lugar en el último año la inhabilidad se mantiene, sea que se haya desempeñado el cargo como titular, como remplazante, o como simple encargado".

La referida entidad interviniente finalizó señalando que con la sentencia que se imparta con ocasión de la demanda "se estaría haciendo justicia a quien ocupa la dignidad por encargo pero habría una injusticia respecto de quien ejerce el cargo como titular por ejemplo en el primer año del periodo y luego por cualquier razón cesa en el ejercicio". Así las cosas, la Federación consideró que la solución para dicha situación es la integración normativa y que la Corte Constitucional "pase a señalar con mayor precisión en qué casos se presenta la inhabilidad", teniendo en cuenta un límite temporal para el ejercicio.

2. Contraloría General de Santiago de Cali

La Contraloría General de Santiago de Cali intervino a través del respectivo contralor, Ricardo Rivera Ardila, coadyuvando la solicitud de inexequibilidad del aparte legal demandado.

Luego de aludir a los efectos que sobre el artículo 272 superior tuvo el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015, así como a cierta jurisprudencia de la Corte en torno a las facultades del legislador para establecer un régimen legal de inhabilidades para el ejercicio de la función pública, la referida contraloría sostuvo que en consideración al objeto de la

inhabilidad que prevé el aparte legal demandado “la plurimencionada expresión resulta desproporcionada e irracional, porque el Congreso no le fijó un término mínimo para su aplicación (…) desconociendo el aspecto temporal que ha marcado el propio Constituyente frente a inhabilidades que tienen la misma razón de ser, como originalmente lo determinaba el extinto Inciso 8º del Artículo 272 de la Carta Política [así como el nuevo texto de dicho inciso cuando restringe la inhabilidad constitucional a los servidores públicos que hayan ocupado en el último año cargo público en el nivel ejecutivo] (sic)”.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Viceprocurador General de la Nación, Juan Carlos Cortés González, con funciones de Procurador General de la Nación según encargo realizado mediante Decreto 2882 del 28 de junio de 2018, cuya copia se encuentra anexa al expediente, solicitó a la Corte Constitucional declarar la inexequibilidad de la expresión legal demandada.

En apoyo de su solicitud, el referido representante del Ministerio Público -luego de señalar que el régimen del contralor municipal difiere del régimen del contralor departamental y, en ese orden, negar cualquier efecto de cosa juzgada que para el asunto de la referencia pudiera tener la Sentencia C-1372 de 2000- adujo que tal sentencia “es una guía interpretativa de relevancia” para conceptuar sobre la constitucionalidad de la expresión legal demandada.

En el anterior orden, el Viceprocurador General de la Nación con funciones de Procurador General de la Nación sostuvo que, más allá de lo previsto por el artículo 272 Superior, aunque la inhabilidad prevista para quien desempeña en forma temporal la función de control fiscal resulta razonable para garantizar “el manejo transparente, inflexible y recto” de dicha función, la misma no es proporcional toda vez que el legislador no estableció un término mínimo para su aplicación. Así, el Ministerio Público sostuvo que la inhabilidad del caso debe ceder ante la prevalencia de los derechos fundamentales de igualdad y de acceso a funciones y cargos públicos de las personas que se verían afectadas por aquella.

Finalmente, del concepto rendido por mentado representante del Ministerio Público se infiere que éste, apoyándose en doctrina del Consejo de Estado sobre los efectos de la reforma que sobre el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución hizo el Acto Legislativo 02

de 2015, consideró que la inhabilidad acusada también encuentra fundamento en el referido inciso constitucional. Lo anterior toda vez que según la jurisprudencia del máximo tribunal de lo contencioso administrativo "la expresión "nivel ejecutivo" contemplada en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución abarca tanto dicha categoría, como las que sean superiores a la misma, tales como el nivel asesor y directivo. (…)[10] [6]"

VI. CONSIDERACIONES PREVIAS

VI.I. Competencia

VI.II. Anotación metodológica

Sin perjuicio de que la norma que incorpora el aparte legal acusado es aplicable en los niveles tanto municipal como distrital, por razones de brevedad esta sentencia de manera general se referirá a lo municipal incluyendo tácitamente dentro de dicha acepción tanto a las instituciones del orden municipal como, cuando sea del caso, a aquellas del nivel distrital[7].

VI.III. Problemas jurídicos

Para desatar la controversia constitucional planteada, la Corte considera que debe dar respuesta a los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Vulnera el legislador los derechos a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP, arts. 13 y 40) al inhabilitar a una persona para ser elegida como contralor municipal, cuando esta ha ejercido, en condición de encargo, ese mismo cargo de contralor o el de auditor de la respectiva contraloría municipal durante cualquier momento del período legal inmediatamente anterior, sin diferenciar el trato que se le otorga a dicho funcionario frente de quien ha ejercido, como titular, el mismo cargo de contralor municipal o el de auditor de la misma contraloría municipal?

(ii) ¿Vulnera el legislador los derechos a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP, arts. 13 y 40) al inhabilitar a una persona para ser elegida como contralor municipal, cuando esta ha ejercido, en condición de

encargo, ese mismo cargo de contralor o el de auditor de la respectiva contraloría municipal durante cualquier momento del período legal inmediatamente anterior, sin diferenciar durante cuánto o en qué tiempo ejerció dichos cargos, a pesar de que, conforme lo prevé el ordenamiento jurídico, salvo que exista una inhabilidad de distinta naturaleza, cualquier funcionario público del orden municipal puede aspirar a ser elegido contralor del respectivo ente territorial cuando ha hecho dejación de su cargo un año antes de la respectiva elección?

VI.IV. Plan del caso

Para resolver la demanda la Corte comenzará por referirse brevemente al origen y naturaleza tanto de los contralores municipales como de los auditores de las contralorías municipales, en su condición de sujetos pasivos de la norma que contiene la expresión legal acusada (i). Posteriormente la Corte se pronunciará sobre la competencia del legislador para ampliar el catálogo constitucional de inhabilidades que contempla el artículo 272 superior para el cargo de contralor municipal (ii). Después se hará un sucinto recuento de la jurisprudencia que justifica la existencia de las inhabilidades legales contempladas para acceder al cargo de contralor territorial (iii). Seguidamente se explicará por qué la Sentencia C-1372 de 2000 no tiene efectos de cosa juzgada constitucional respecto de la expresión legal demandada (iv). Luego se procederá a hacer una breve referencia al ejercicio de la función pública en situación de encargo, descendiendo particularmente al encargo de las funciones de contralor municipal y de auditor de la contraloría municipal. Por ser lo expuesto hasta tal momento suficiente para resolver el primer problema jurídico identificado en esta providencia, en este punto la Corte abordará y resolverá dicho problema (v). Luego la Corte entrará a estudiar si lo establecido en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución es o no compatible con el aparte legal demandado. Del mismo modo se analizará si la Sentencia C-1372 de 2000 es o no un precedente constitucional aplicable al presente caso y, en caso de que ello sea así, si en aplicación de tal precedente debería o no declararse la inexequibilidad de la inhabilidad que pesa sobre quienes hubieran fungido como contralores municipales o auditores de la contraloría municipal, en condición de encargo, durante el periodo legal inmediatamente anterior a la elección del nuevo contralor titular. Con el anterior análisis la Corte resolverá el segundo problema jurídico planteado en esta providencia (vi). Finalmente, a manera de conclusión, se resumirá la solución a los problemas jurídicos ya señalados (vii).

VII. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

1. El contralor municipal y el auditor de la contraloría municipal

1.1. Además de los órganos que integran las distintas ramas del poder público, en el modelo de Estado escogido por la Constitución Política de 1991 existen otros órganos proveídos de autonomía e independencia[8]. Dentro de estos últimos están los denominados órganos de fiscalización y control, con funciones "inmanentes a la consagración constitucional de la división de poderes, (…) pues el control aparece como el instrumento indispensable para que el equilibrio, y con él la libertad, puedan ser realidad"[9]. La necesidad de tales órganos de control fue tempranamente explicada por la Corte cuando mediante Sentencia C-167 de 1995[10] señaló que "(f)ue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc. (…) quedara sin control fiscal de gestión (…) [pues] ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes (…) para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, (…)".

1.2. Uno de tales órganos de fiscalización y control – el órgano de tal carácter por antonomasia y con poderes transversales a toda la estructura del Estado – es la Contraloría General de la República como entidad con funciones de control fiscal sobre la administración pública y demás entidades o particulares que administren recursos públicos. Sin perjuicio de la competencia prevalente y general de la Contraloría General, en los ámbitos departamentales y municipales la referida función de control fiscal puede ser ejercida por las contralorías territoriales[11].

1.3. Aunque en principio la Constitución prevé que la vigilancia de la gestión fiscal de los municipios se encuentra en cabeza de las respectivas contralorías departamentales, la propia Carta autorizó que tal regla fuera sustituida por el legislador[12]. Así, con la expedición de las leyes 42 de 1993 y 136 de 1994, el legislador admitió que algunos municipios y distritos pudieran contar con contralorías propias[13] -dotadas de autonomía presupuestal, administrativa y contractual con arreglo a lo previsto por el artículo 272 superior y la mentada Ley 42 de 1993[14]- que vigilaran la gestión fiscal de sus respectivos

órganos de administración. Esto es lo que se desprende del inciso 1º del artículo 272 de la Carta a cuyo tenor: "La vigilancia de la gestión fiscal de los (…) distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a estas (…)", así como de la jurisprudencia según la cual: "cuando un municipio no cuenta con contraloría propia, la labor de control fiscal le compete a las del orden departamental"[15].

1.4. Por otra parte, como expresión del modelo de control fiscal entrelazado por el que propugna la Constitución[16], el artículo 274 superior previó que la vigilancia de la gestión fiscal de la propia Contraloría General de la República fuera ejercida por el Auditor General de la República, delegando en el legislador la regulación atinente a la gestión fiscal sobre las contralorías territoriales[17]. Del mismo modo, con arreglo a lo previsto en el Decreto Ley 272 de 2000, "Por el cual se determina la organización y funcionamiento de la auditoría general de la República", el legislador encargó al Auditor General de la República con la vigilancia de la gestión fiscal sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales (Cfr. D.L. 272 de 2000, art. 17[18]).

Sobre el anterior particular, al estudiar una demanda que se presentó contra la expedición del referido decreto, la Corte señaló que: "(…) al autorizar la norma sub examine a la auditoría general para ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de las contralorías municipales y distritales, lo hace con el fin de darle desarrollo al inciso segundo del artículo 274 constitucional, y dentro de esta perspectiva (…) cumple apropiadamente con la voluntad del Constituyente en el sentido que, por disposición legal, sea la auditoría general la entidad encargada de ejercer el control fiscal sobre los organismos que ejercen esta función a nivel territorial. Y ello debe ser así, si se escruta el espíritu del mencionado artículo 274, porque de su tenor se infiere que el Constituyente se propuso establecer una especie de control fiscal de segundo nivel, que se ejerce, no sólo sobre las entidades nacionales o territoriales que manejan fondos o recursos públicos, cuya responsabilidad es de las contralorías, sino sobre el manejo de bienes y recursos por estas entidades (…)"(La subraya no es del texto original)[19]

Es decir, tanto del artículo 274 de la Constitución como del Decreto Ley 272 de 2000 se desprende que el ordenamiento jurídico encargó al Auditor General de la República con el control de la gestión fiscal las contralorías municipales, sin perjuicio de que tal función se ejerciera a través de la delegación y/o desconcentración que el Auditor hiciera en las

distintas gerencias seccionales del órgano que encabeza (Cfr. D.L. 272 de 2000, art. 12[20]).

2. La facultad del legislador para ampliar el catálogo de inhabilidades para ser elegido contralor municipal

2.1. La autonomía de los distintos órganos del poder público fue materia de regulación constitucional a través de una serie de normas que, entre otros aspectos, "hacen relación (…) a los procedimientos para el nombramiento (…) de los titulares de esas instituciones; al período de ejercicio de los mismos y a las inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones a que están sujetos; a las condiciones que deben cumplir los ciudadanos para acceder a determinados cargos, etc."[21]. De este modo, con arreglo al principio según el cual "(a) mayor regulación constitucional menor será el ámbito de la regulación legal, y viceversa"[22], dichas disposiciones constitucionales conforman un régimen más bien"rígido de inhabilidades, incompatibilidades y limitaciones para el ejercicio de los cargos públicos, con la fijación de reglas que determin[an] los requisitos y condiciones personales y profesionales necesarios para su acceso, a fin de que dicho ejercicio sea resultado de decisiones objetivas acordes con la función de buen servicio a la colectividad que garanticen que el desempeño del cargo público por parte de la persona a quien se designa o elige, [y] tenga como resultado un adecuado cumplimiento de los fines del Estado que asegure la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo."(La subraya no es del texto original)[23].

2.2. No obstante la rigidez del régimen atrás mencionado, la Constitución expresamente autorizó al legislador para ampliar el catálogo constitucional de requisitos y condiciones para acceder a los distintos cargos y funciones públicas. Eso es lo que en general prevé el numeral 23 del artículo 150[24] de la Carta Política, así como lo que particularmente se desprende del inciso 7º del artículo 272 superior para el caso de los contralores territoriales[25]. Justamente, cuando el referido inciso constitucional prevé que "Para ser elegido contralor [de una unidad territorial] se requiere ser colombiano por nacimiento, (…) y las demás calidades que establezca la ley", la Constitución expresamente establece una competencia legislativa que, de todos modos, viene a ser limitada por los subsiguientes incisos 5º y 8º ibídem cuando, además de las condiciones previstas en el mentado inciso 7º del artículo 272 constitucional, inhabilitan para ser elegido como

contralor territorial a quien hubiera fungido como tal durante el periodo legal inmediatamente anterior así como a quien "sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni [a] quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal" .

2.3. Respecto de la atrás referida inhabilidad constitucional que pesa sobre quienes "haya(n) ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden [territorial]" la Corte considera necesario precisar que: (i) el nivel ejecutivo de que trata dicha norma no corresponde a la Rama Ejecutiva del Poder Público, sino al grado de responsabilidad funcional que la persona tenga en la Administración Pública[26]; y que (ii) una interpretación sistemática y útil de la norma en comento permite concluir que la expresión "nivel ejecutivo" que contiene el inciso 8º del artículo 272 de la Carta Política también alude a los cargos superiores a dicho nivel, como lo son los catalogados en el nivel asesor y directivo. En efecto, al comentar la reforma que sobre el mentado inciso constitucional hizo el Acto Legislativo 02 de 2015, el Consejo de Estado señaló, en jurisprudencia que la Corte acoge[27], lo siguiente:

"En lo concerniente a este elemento de la inhabilidad, la Sala ha sostenido que la conducta proscrita se materializa cuando la persona elegida ha ocupado previamente cargos del nivel ejecutivo o superior. Al respecto se señaló en sentencia de 7 de diciembre de 2016, expediente 47000-23-33-002-2016-00074-02: "(…) Para la Sala, (…) una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil conlleva a sostener, sin lugar a dudas, que la expresión "nivel ejecutivo" contenida a la norma superior incluye también a los empleos superiores a este nivel, es decir, los catalogados en el nivel asesor y directivo. // Lo primero a señalar es que, (…) el nivel ejecutivo como categoría de clasificación de los empleos públicos quedó derogado por el Decreto Ley 785 de 2005. En efecto, el Decreto Ley 1569 de 1998 clasificaba los empleos públicos en varias categorías, entre ellas, el "nivel ejecutivo" – literal c) del artículo 4º del Decreto Ley 1569 de 1998- de forma que a lo largo de dicho acto se especificaban cuáles eran las funciones, los requisitos, las características y los cargos que se podían entender adscritos a tal nomenclatura. Sin embargo, el Decreto 1569 de 1998 fue íntegramente derogado por el Decreto 785 de 2005. / / Aunque el Decreto 785 de 2005 recogió varias de las categorías de clasificación de los empleos públicos contempladas en el Decreto 1569, lo cierto es que no retomó la relativa al "nivel ejecutivo"; por el contrario, dicha categoría fue, si se quiere, sustituida por el "nivel profesional" al

punto que en el artículo 33 del Decreto 785 de 2005 se dispuso una especie de régimen de transición para que las entidades pudieran adaptar su planta de personal a las nuevas nomenclaturas y categorías contempladas por el decreto en comento. / / Por supuesto, el hecho de que a partir de la reforma constitucional del año 2015 la inhabilidad contemplada en el inciso 8º del artículo 272 aluda a una clasificación de los empleos que ya no está regulada en el ordenamiento jurídico, no significa que la prohibición se torne inane o inexistente, pues este hecho a lo sumo denotará una falta de técnica legislativa, pero en ningún momento implica que la inhabilidad carezca de eficacia. / / Sin embargo, (…) lo anterior no conlleva a entender que solo quien haya ocupado un cargo público del "nivel profesional" está incurso en la inhabilidad contemplada en la norma constitucional, pues una interpretación en ese sentido restaría plena eficacia a la disposición superior y traería de suyo una conclusión ilógica, esto es, que estarían inhabilitados los servidores públicos del "nivel ejecutivo" pero los que se desempeñaren en un nivel jerárquico más alto estarían excluidos de la prohibición, convirtiendo la inhabilidad en una norma ineficaz y carente de sentido. / / Así pues, es claro que para determinar el alcance de la inhabilidad objeto de estudio no basta acudir a una interpretación exegética y literal de la norma, comoquiera que "el juez no puede en ningún caso restarle obligatoriedad a la Carta Política, adoptando posiciones en las cuales la disposición se torne ineficaz, inane, inútil o que su aplicación sea tan difícil que en ningún supuesto de hecho pueda emplearse la norma prevista por el Constituyente porque la finalidad de aquellas es producir efectos jurídicos." Es por ello, que para dilucidar el alcance de la expresión "nivel ejecutivo" contenida en la disposición objeto de estudio debe usarse el criterio de interpretación sistemático. / / Es precisamente por lo anterior que esta Sección, en aplicación de una interpretación sistemática del régimen de inhabilidades, ha entendido que la expresión "nivel ejecutivo" contenida en el inciso 8º del artículo 272 Constitucional incluye también a los niveles superiores. (…) Por supuesto, una interpretación en este sentido, no significa que la inhabilidad se interprete de forma extensiva, (…) toda vez que "la interpretación restrictiva no es equivalente a interpretación literal o exegética, pues estas tienen objetivos y finalidades disimiles. Por ello, no puede la Sección afirmar que una interpretación restrictiva solo se satisface mediante el uso de la exegesis, porque la interpretación restrictiva que permea el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no implica entender que una norma nunca pueda ser objeto de interpretaciones o que el juez solamente este obligado al tenor literal de la misma." / / Así las cosas, no cabe duda que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil

del inciso 8º del artículo 272 de la Constitución impone colegir que “si el desempeño de un cargo del nivel ejecutivo ha sido considerado por el constituyente como un motivo de inhabilidad para acceder al cargo específico de contralor territorial, con mayor razón lo es el ejercicio de un cargo del nivel directivo, dadas las implicaciones que la categoría del mismo conlleva.” (…). / / Es de resaltar que esta tesis no es aislada, pues en auto del 1º de septiembre de 2016, la Sala Electoral al estudiar si el Contralor de Ibagué estaba incurso en la prohibición constitucional por haber ocupado, previo a su elección, un cargo del nivel directivo, reiteró que la expresión “nivel ejecutivo” incluía niveles superiores a dicha categoría. (…)”. (Negrilla fuera de texto)

2.4. Ahora bien, descendiendo al ámbito legal del municipio como “célula fundamental de la estructura política y administrativa del Estado”[28], cuando un determinado concejo municipal procede a crear una contraloría dentro de su jurisdicción[29], la sección X de la Ley 136 de 1994 entra a regular el régimen general de control fiscal de dicho nivel territorial. Así, el literal a) del artículo 163 de la ley en cita –ahora parcialmente demandado- impide que como contralores municipales titulares sean elegidos todos aquellos que, en cualquier momento del periodo legal inmediatamente anterior[30], hubieren fungido como contralores o como auditores de las respectivas contralorías municipales[31], bien en condición de titulares o como encargados.

2.5. En suma, sin perjuicio de los requisitos que prevé el inciso 7º del artículo 272 superior, la libertad legislativa para ampliar el catálogo de inhabilidades para ser elegido contralor municipal se encuentra enmarcada dentro de los siguientes límites constitucionales: (i) no podrá ser elegido quien inmediatamente venga ocupando el cargo en propiedad (prohibición de reelección); (ii) no podrá ser elegido quien, en el último año anterior a la elección, sea o haya sido miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección; y (iii) no podrá ser elegido quien en el último año haya ocupado cargo público en nivel superior al ejecutivo, inclusive, (ver supra 2.3.) del orden departamental, distrital o municipal. Esto, por supuesto, recordando las demás inhabilidades que prevé la Carta para aquellas personas cuyas conductas hayan, por ejemplo, afectado el patrimonio del Estado[32]. Dentro de este marco puede moverse el legislador estableciendo otras restricciones para ser elegido como contralor municipal, siempre y cuando en ejercicio de su función se respeten los distintos postulados constitucionales dentro de los cuales, por supuesto, se encuentran los derechos fundamentales que prevé la Carta Política.

3. Las inhabilidades para ser elegido contralor territorial en la jurisprudencia

3.1. En varias oportunidades la Corte se ha pronunciado sobre la necesidad de impedir que la función pública se utilice para satisfacer intereses personales. Tal ha sido el caso de numerosas sentencias en donde esta Corporación ha estudiado distintos regímenes de inhabilidades creados por el legislador. Entre tales regímenes están aquellos relativos a las inhabilidades objetivas, originadas en el mero desempeño previo de una determinada función o cargo público[33]; y entre estas inhabilidades, la Corte ha analizado varios casos relativos al cargo de contralor territorial.

En efecto:

3.1.1. Mediante Sentencia C-509 de 1997[34] la Corte declaró exequible la inhabilidad que le imposibilita acceder al cargo de contralor departamental a quienes, durante el último año, hubieran ocupado cargo público del orden distrital o municipal. Como fundamento de su decisión, la Corte sostuvo que tal inhabilidad: "(…) está dirigida a impedir el ingreso de personas que, de alguna forma, tuvieron la oportunidad, los medios y las prerrogativas propias del ejercicio de funciones públicas, para incidir en su favor en una elección o nominación posterior, con clara violación del principio de igualdad de condiciones entre los demás postulantes (C.P., art. 13), y en detrimento de la prestación eficaz, moral, imparcial y pública de la función administrativa (C.P., art. 209), así como neutralizar la posibilidad de que se produzca un autocontrol de la gestión fiscal realizada."

3.1.2. Poco después, en Sentencia C-147 de 1998[35], la Corte mantuvo la inhabilidad prevista para aquellos que durante el último año hubieren ocupado cargo público del nivel departamental y quisieren acceder al cargo de contralor de ese mismo nivel. En esta ocasión la Corte acogió la ratio decidendi de la citada Sentencia C-509 de 1997 y sostuvo que: "si es legítimo que se inhabilite para ser contralor departamental a quienes se desempeñaron en el año anterior como servidores públicos distritales o municipales, con mayor razón se debe concluir que es válido que quienes hayan ocupado, en ese mismo lapso, cargos públicos en el orden departamental, no puedan ser contralores departamentales por la injerencia que pueden tener en la elección y por la posibilidad de terminar controlando sus propias actuaciones precedentes."

3.1.3. En posterior Sentencia C-1372 de 2000[36] a que se referirá esta providencia más

adelante, aunque la Corte declaró inexequible la inhabilidad para ser elegido contralor departamental respecto del contralor encargado que hubiera fungido como tal en cualquier tiempo del periodo inmediatamente anterior, en su parte motiva recalcó que la inhabilidad que el legislador previó para impedir la elección como contralor en propiedad de quien se hubiera desempeñado como contralor encargado "tiene un sustento claro, máxime si se tiene en cuenta que lo que se busca con esta clase de inhabilidad, es impedir que se abuse de la función de control fiscal y la misma se use con fines proselitistas, en procura del interés personal".

3.1.4. Por último, en Sentencia C-468 de 2008[37] la Corte declaró inexequible la inhabilidad que pesaba sobre aquellos que, aspirando a ser elegidos como contralores municipales, hubieran sido miembros del concejo encargado de la elección del respectivo nuevo contralor dentro de los tres (3) años anteriores a dicha elección. Aunque en tal oportunidad la decisión de la Corte se fundó en que la ley no podía ampliar el régimen constitucional que limitaba a un (1) año la respectiva inhabilidad del ex concejal que aspirare al cargo de contralor municipal, en la parte motiva de dicha providencia se rememoró la jurisprudencia sentada por la Sentencia C-564 de 1997[38], en donde se señaló que "con las inhabilidades se persigue que quienes aspiran a acceder a la función pública, para realizar actividades vinculadas a los intereses públicos o sociales de la comunidad, posean ciertas cualidades o condiciones que (…) antepongan los intereses personales a los generales de la comunidad."

3.2. Colofón de lo anterior es que, en tratándose del acceso a cargos públicos en general y al cargo de contralor territorial en particular, los regímenes de inhabilidades de fundamento objetivo encuentran su razón de ser en la protección del interés general que podría verse amenazado por la eventual utilización del poder previamente ejercido, obstruyendo la elección del nuevo funcionario en condiciones de transparencia, imparcialidad e igualdad; todo ello, además "en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado"[39].

4. La inexistencia de cosa juzgada constitucional

4.1. Antes de continuar con el análisis de constitucionalidad que ahora ocupa a la Corte, cabe recordar que el artículo 243 superior prevé la institución de la cosa juzgada constitucional[40]. Según la jurisprudencia, dicha figura "contribuye a la garantía de la seguridad jurídica, al impedir que un asunto juzgado pueda ser sometido nuevamente a un examen, asegurando así niveles adecuados de certidumbre sobre las normas vigentes a las cuales las autoridades públicas y los particulares deben ajustar sus actuaciones."[41]

4.2. Existen dos modalidades de cosa juzgada constitucional: la formal y la material. La formal ocurre "(…) cuando existe una decisión previa del juez constitucional en relación con la misma norma que es llevada posteriormente a su estudio…"[54[42]], o, cuando se trata de una norma con texto normativo exactamente igual, es decir, formalmente igual[55[43]]". La material aparece "cuando: "(…) existen dos disposiciones distintas que, sin embargo, tienen el mismo contenido normativo. En estos casos, es claro que si ya se dio un juicio de constitucionalidad previo en torno a una de esas disposiciones, este juicio involucra la evaluación del contenido normativo como tal, más allá de los aspectos gramaticales o formales que pueden diferenciar las disposiciones demandadas [57[44]]. (…)"[45]

4.3. Cabe preguntarse entonces si la ya referida Sentencia C-1372 de 2000 (ver supra 3.1.3) constituye o no cosa juzgada constitucional material respecto del aparte legal demandado. Esto toda vez que, por una parte, mediante dicha sentencia la Corte declaró la inexequibilidad de la expresión "como encargado" del literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996; y por otra parte, la norma que en tal ocasión fue examinada es prácticamente idéntica a la que ahora analiza la Corte. El siguiente cuadro ilustra tal equivalencia:

Ley	330 de 1996, art. 6º, lit. a)
Ley	136 de 1994, art. 163, lit. a)
ART. 6º—Inhabilidades. No podrá ser elegido contralor quien:	
a) Haya	sido contralor de todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o (como encargado)*;

* (Nota: El texto entre paréntesis corresponde al aparte que fue declarado inexequible por mediante Sentencia C-1372 de 2000).

ART. 163. — Inhabilidades. No podrá ser elegido contralor quien:

a) Haya sido contralor (...)* en todo o parte del período inmediatamente anterior, como titular o como encargado**;

*(Nota: El texto entre paréntesis corresponde a la inclusión en la norma de la expresión "o Auditor de la Contraloría Municipal")

** (Nota: El texto resaltado en negrilla corresponde al aparte legal acusado de inconstitucionalidad según la demanda)

4.4. No obstante, aun considerando la virtual identidad que existe entre el artículo 6º de la Ley 330 de 1996 y el artículo 163 de la Ley 136 de 1994, ahora parcialmente impugnado, así como la equivalencia entre los apartes legales que en ambos casos fueron demandados, la Corte encuentra que en el presente caso no existe una cosa juzgada constitucional material respecto de quienes vinieren fungiendo como contralores municipales encargados en todo o parte del período legal inmediatamente anterior. En efecto, tras considerar que la jurisprudencia ha sido consistente en limitar la aplicación de dicha cosa juzgada constitucional a los casos en donde los "efectos jurídicos de las normas sean exactamente los mismos"[46], la Corte encuentra tres (3) situaciones que explican por qué no es posible recurrir a dicha institución para solucionar el caso sub exámine. Tales situaciones son:

(i) La inhabilidad de la Ley 330 de 1996 se predicó de quien aspire a ser contralor departamental; la que refiere al presente proceso trata de quien desee ser contralor municipal.

(ii) Mientras que en la Sentencia C-1372 de 2000 la Corte se limitó a analizar la constitucionalidad de la expresión "como encargado" de quien viniera fungiendo como contralor, en la presente sentencia se estudia una constitucionalidad más amplia, que incluye otro sujeto que la Ley 330 de 1996 no contempló; esto es, el auditor de la contraloría municipal que prevé la Ley 136 de 1994 pero que no contempló la Ley 330 de

1996.

(iii) La diferencia relativa a la forma de provisión del encargo de contralor entre los regímenes departamental y municipal, así como el conflicto de intereses que en el segundo régimen se presenta sin que ello ocurra en el primero (ver infra 5.4.).

La Corte considera que las anteriores situaciones son suficientes para descartar la aplicación de la cosa juzgada constitucional material como solución al presente caso. Ciertamente, de aplicarse tal solución en el sub lite, los efectos jurídicos de ésta distarían de exactamente equivaler a los efectos que subsiguieron a la providencia que enjuició las normas antes demandadas. Por ende, corresponde a la Corte proseguir con el curso del plan del caso inicialmente planteado.

5. El encargo de las funciones de contralor y de auditor de las contralorías municipales y la solución del primer problema jurídico

5.1. El Decreto 648 de 2017 del Departamento Administrativo de la Función Pública[47] prevé que: "(l)os empleados podrán ser encargados para asumir parcial o totalmente las funciones de empleos diferentes de aquellos para los cuales han sido nombrados, por ausencia temporal o definitiva e su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo (…)". En forma concordante, al tratar sobre una demanda análoga a la que ahora ocupa a la Corte y a cuya sentencia se recurre repetidamente en esta providencia (ver supra 3.1.3. e infra 5), esta Corporación señaló en Sentencia C-1372 de 2000 que: "(e)l encargo es una situación administrativa, por medio de la cual se nombra temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo vacante por falta temporal o absoluta de su titular. Es una medida excepcional que tiene una vocación temporal, que busca suplir las necesidades del servicio, a fin de evitar traumatismos en el mismo, permitiendo su continuidad"; y a renglón seguido continuó citando jurisprudencia del Consejo de Estado según la cual: "…el encargo es una situación administrativa creada por el legislador para permitir a la administración sortear las dificultades que se le puedan presentar en casos de ausencias temporal o definitiva de un empleado cuyo concurso sea necesario e indispensable para la atención de los servicios a su cargo; en consecuencia es una medida excepcional para sortear igualmente situaciones excepcionales y de urgencia que se presentaren. De allí la necesaria temporalidad del encargo, lo cual implica lapsos

cortos, bien por ausencia temporal o definitiva del empleado titular…" (C.E., S. de Consulta y Servicio Civil, conc., sep. 3/87)."

De lo anterior surge, por una parte, que la situación administrativa de encargo sólo existe cuando existe una vacancia definitiva o temporal en el cargo y, por otra parte, que tal situación está exclusivamente destinada a evitar un vacío funcional mientras, en caso de vacancia temporal es reasumido por su titular o, en caso de vacancia definitiva se designa al funcionario titular. [48]

5.2. Descendiendo la anterior noción de encargo al terreno de la administración territorial, particularmente para el caso del contralor municipal, la ley la regula distintamente el régimen departamental respecto del régimen municipal. Ciertamente, mientras que el artículo 5º de la Ley 330 de 1996 prevé que "(…) Las faltas temporales del contralor departamental serán llenadas por el subcontralor o el contralor auxiliar y a falta de estos por el funcionario de mayor jerarquía de la contraloría departamental [y] (l)as faltas absolutas serán llenadas de acuerdo con lo prescrito en la constitución y en la ley.", el artículo 161 de la Ley 136 de 1994 dispone que "(…) Las faltas temporales [del contralor municipal] serán provistas en la forma que establezca el concejo al momento de organizar la contraloría [y] (e)n los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la contraloría.". Más claramente, en el régimen departamental la situación de encargo del contralor se soluciona en forma previamente determinada por el orden jerárquico prestablecido al interior de la misma contraloría o por lo abstractamente previsto en el ordenamiento jurídico para el efecto. En el régimen municipal, en cambio, el encargo del contralor más bien depende de la discreción y voluntad de organismos que, además de ser eminentemente políticos, son propiamente sujetos del control fiscal. Más aún, el concejo municipal es el ente a quien la Carta Política le ha encargado la elección del contralor de su propio nivel territorial (CP, art. 272, inc. 4º).

5.3. Por su parte, la identificación de la situación administrativa de encargo para las auditorías de las contralorías municipales no presenta mayor problema pues, como ya se expuso, el Auditor General de la República es el titular de las funciones que sus dependientes ejercen por virtud de la delegación y desconcentración de funciones, (ver

supra 1.4.). Por ende, ante la ausencia temporal del funcionario en que el Auditor General de la República hubiera inicialmente desconcentrado sus funciones, estas serán desempeñadas por el funcionario a quien se designe en provisionalidad con arreglo a la ley que regule la carrera administrativa[49].

5.4. De la singularidad atrás señalada surge, prima facie, el eventual conflicto de intereses en que incurrirían los concejos y las alcaldías municipales en su condición de órganos vigilados por las contralorías de su respectivo nivel territorial, cuyos funcionarios en encargo están facultados para elegir. Por ello, en aras de proteger los valores expuestos en la línea jurisprudencial que se ilustra en el anterior numeral 4 supra, la Corte considera necesario exigir un mayor rigor al momento de evaluar los problemas jurídicos que ahora se plantean.

5.5. En desarrollo de lo hasta ahora expuesto, la Corte desde ahora advierte que el legislador no vulneró los derechos a la igualdad y al desempeño de funciones y cargos públicos (CP, arts. 13 y 40) al inhabilitar a una persona para ser elegida como contralor municipal, cuando esta hubiera ejercido, en condición de encargo, ese mismo cargo de contralor o el de auditor de la respectiva contraloría municipal durante cualquier momento del período legal inmediatamente anterior, sin diferenciar el trato que se le otorga a dicho funcionario en encargo frente de quien ha ejercido en propiedad el mismo cargo de contralor municipal o el de auditor de la misma contraloría municipal.

En efecto, independientemente de la condición de titular o de encargado de la función de contralor municipal o de auditor a la contraloría municipal, los funcionarios que ejerzan dichos cargos tendrían la efectiva capacidad de utilizar los poderes inherentes a sus funciones para incidir en beneficio propio sobre el concejo municipal como órgano encargado de la elección del nuevo contralor de tal nivel territorial. Veamos:

5.5.1. En tratándose del contralor como sujeto con funciones de control fiscal sobre el concejo de un determinado municipio, independientemente de su condición de titular o como encargado, tal posibilidad de influencia o presión sería directa sobre la mentada corporación administrativa a quien el inciso 4º del artículo 272 superior confió con la elección el nuevo contralor[50]. Tan sólo piénsese en el poder de intimidación o permisividad con que el contralor de un determinado municipio estaría en la posibilidad de

contar para favorecer su acceso a cualquier cargo que dependiera del funcionario bajo su control. Así, aunque con el inciso 5º del referido artículo 272 Superior la misma Carta Política se encarga de impedir tal contingencia respecto del contralor titular cuando prevé que "(n)ingún contralor podrá ser reelegido para el periodo inmediato", la ley suple la necesidad de establecer la misma inhabilidad sobre el contralor en situación de encargo.

5.5.2. Lo mismo puede decirse respecto del auditor de la contraloría municipal sin perjuicio de que dicha influencia sobre el concejo municipal no sea directa sino indirecta. Ciertamente, también independientemente de su condición de titular o encargado, el sujeto que se desempeñe como auditor de una contraloría con funciones de control fiscal sobre las cuentas de la respectiva contraloría municipal, estaría así mismo en la posibilidad de incidir ante el concejo municipal correspondiente a través de la misma intimidación o permisividad que ejerciere sobre la contraloría con funciones de enjuiciar las conductas de tal corporación administrativa. Sería, en este caso, una influencia indirecta sobre el concejo municipal, mediante el indebido uso de sus funciones de control sobre la entidad que controla las funciones de aquel.

Por lo inmediatamente atrás expuesto, la Corte despachará negativamente el primer problema jurídico (i) de esta providencia.

6. El Acto Legislativo 02 de 2015, el precedente judicial y la solución del segundo problema jurídico

6.2. Inicialmente debe recordarse que, como se explicó bajo el numeral 2.3 supra, la reforma que sufrió el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, derivó en que la inhabilidad para ser contralor territorial comenzó a predicarse de todos aquellos empleados de los distintos niveles territoriales que hubieren ocupado cargos públicos en nivel ejecutivo, asesor y/o directivo durante el año previo a la elección del respectivo contralor. Tal razón es suficiente para declarar la inconstitucionalidad del aparte legal demandado pues aunque tanto el contralor municipal como el auditor de la respectiva contraloría, independientemente de su titularidad o situación administrativa de encargo, son funcionarios públicos del nivel directivo que por tal razón se encuentran cobijados por la inhabilidad constitucional de un (1) año que prevé la norma superior, el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 la

extiende de modo desproporcionado a "todo o parte del periodo inmediatamente anterior": es decir a un lapso de hasta cuatro (4) años[51].

En otras palabras, la ley terminó por imponer sobre los referidos contralores municipales y auditores de las respectivas contralorías municipales una restricción desproporcionadamente más severa que la prevista por la Carta Política. Así, si bien es cierto que el legislador está autorizado para prever regímenes mayormente restrictivos a los constitucionalmente establecidos (nunca más flexibles[52]), también lo es que dichas limitaciones deben ser idóneas[53] para alcanzar el propósito perseguido; idoneidad que en el presente caso no se vislumbra pues, como la Corte dijo al estudiar el caso análogo que se estudia a inmediata continuación, "(n)o es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en particular."[54]

6.3. Por otra parte y sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha sido clara en señalar que el precedente judicial constitucional es de obligatoria aplicación para todos los órganos de la Administración en la solución de problemas jurídicos similares. Esto, en palabras de la Corte, ocurre "por esa necesidad de otorgar eficacia a los principios, los valores y las reglas que consagra la carta política, como forma de garantizar la igualdad, la legalidad y la seguridad jurídica en el Estado de social de derecho, cuyo cumplimiento, sin excepción, trasciende a los distintos órganos y a las autoridades administrativas y judiciales, cualesquiera sean los niveles, jerarquías o instancias de decisión"[55]. En tal orden, es preciso analizar si, para solucionar el segundo problema jurídico señalado en esta providencia, la jurisprudencia sentada en la Sentencia C-1372 de 2000 tiene o no el poder vinculante del precedente.

6.4. La Corte encuentra que la C-1372 de 2000 es, efectivamente, un precedente horizontal[56] y no un simple antecedente[57]. Y por tal carácter de precedente, que distingue a dicha providencia de la figura de antecedente[58], la mentada providencia es indudablemente vinculante para resolver la demanda de la referencia. De hecho, la jurisprudencia ya ha identificado que la Corte debe respetar su propio precedente so pena de incurrir en causal de nulidad de sus propias sentencias, inclusive de aquellas proferidas por la Sala Plena[59].

Más concretamente, siguiendo su propia jurisprudencia[60] la Corte considera que es posible establecer: i) que en la ratio decidendi[61] de la Sentencia C-1372 de 2000 se encuentra una regla jurisprudencial aplicable al caso a resolver; ii) que con dicha ratio se resuelve un problema jurídico o cuestión constitucional semejante a la propuesta en el presente caso; y iii) que la norma juzgada en la Sentencia C-1372 de 2000 es por lo menos semejante a aquella que se juzga mediante la presente providencia.

Veamos:

6.4.1. Según la Sentencia C-1372 de 2000, la ratio decidendi[62] que sirvió de fundamento a la declaración de inexequibilidad de la expresión "como encargado" del literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996 consistió en que, como se señaló en el numeral 6.2 supra, "(n)o es fundado pensar que quien desempeña la función fiscal faltando un lapso considerable para que se produzca la elección, pueda hacer uso de ella para presionar a sus posibles nominadores, en detrimento de los principios mismos que rigen la función administrativa, en general, y la fiscal en particular. En esta materia, la Corte debe ser absolutamente restrictiva, y el análisis de una causal determinada de inhabilidad creada por el legislador, para efectos de determinar su constitucionalidad, debe concluir en un equilibrio ponderado entre el derecho fundamental de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas y el mantenimiento de los principios que rigen la función administrativa (sent. C-147/98). (…). En el caso en análisis, la Corte ha de cumplir ese deber de ponderación, declarando la inexequibilidad de la expresión "como encargado" contenida en el literal a) del artículo 6º de la Ley 330 de 1996, toda vez que el legislador en detrimento del derecho político de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas, no fijó un término razonable para la configuración de la causal de inhabilidad, producto del desempeño de un cargo público específico en encargo, término este que la Corte no está llamada a fijar, por cuanto ésta, es una función propia del legislador." (La negrilla no es del texto original).

En otras palabras, como en aquel entonces la Corte encontró que el alcance temporal de la inhabilidad prevista por la norma era desproporcionadamente extenso al punto de que no respondía a los fines perseguidos por ella, en ejercicio de la ponderación entre dicha inhabilidad y los derechos políticos por ella restringidos la Corte resolvió en favor de éstos últimos; lo que resultó en la inexequibilidad del aparte legal demandado, salvando a los

contralores departamentales en encargo de la inhabilidad que los afectaba. Puede entonces afirmarse que la regla jurisprudencial establecida en la ratio decidendi de la C-1372 de 2000 se resume genéricamente de la siguiente manera: 'Cuando en la configuración de una plausible inhabilidad confluya un elemento de temporalidad cuya prolongación resulte desproporcionada para el logro de los fines por aquella perseguidos, prevalece la protección de los derechos fundamentales consecuentemente restringidos'; o, más concretamente y en palabras de la propia Sentencia C-1372 de 2000: "si bien puede resultar razonado impedir la elección de quien ejerció como contralor encargado, resulta irracional y desproporcionado que el legislador hubiese establecido que dicha inhabilidad operaría sin tener en cuenta en qué época fue ejercida la función fiscal en dicha calidad. (...) En esta materia, la Corte debe ser absolutamente restrictiva, y el análisis de una causal determinada de inhabilidad creada por el legislador, para efectos de determinar su constitucionalidad, debe concluir en un equilibrio ponderado entre el derecho fundamental de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas y el mantenimiento de los principios que rigen la función administrativa (sent. C-147/98). Cuando estos últimos no resultan afectados, el juicio ha de primar en favor del derecho político de acceder y desempeñar, en condiciones de igualdad, cargos y funciones públicas."

6.4.2. La regla atrás enunciada resulta aplicable al asunto sub examine en donde, como se ilustra con el cuadro a que refiere el numeral 4.3. supra, las normas juzgadas en ambos procesos, más que semejantes, son equivalentes en lo que respecta a los contralores territoriales. Y en lo atinente a los auditores de las contralorías municipales son suficientemente semejantes habida cuenta de que tales funcionarios así mismo ejercen funciones de control fiscal.

6.4.3. Adicional a lo anterior, debe decirse que no resulta razonable establecer un régimen de inhabilidades tan distinto para, por una parte, cualquiera de los funcionarios de que trata el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 y, por otra parte, para los funcionarios que prevé el inciso 8º del artículo 272 superior[63] y/o la primera parte del numeral 2º del artículo 95 de la norma legal ibídem[64] a que refiere el literal c) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

Mejor dicho, so pena de vulnerar el principio de igualdad por el que propugna el artículo 13

de la Carta, no resulta proporcional establecer una inhabilidad de cuatro (4) años[65] para el contralor municipal y el auditor de la contraloría municipal, independientemente de su condición de titularidad o en situación de encargo, al tiempo que establecer una inhabilidad para los demás empleados públicos del nivel ejecutivo o superior del respectivo municipio de tan solo doce (12) meses anteriores al vencimiento del periodo legal inmediatamente anterior. Ciertamente, en cualquiera de los dos casos, por pertenecer al orden municipal, ambos grupos de personas tendrían igual posibilidad de influir en beneficio propio durante el periodo anterior a los doce meses de veto que defienden éstas últimas normas jurídicas, sin que se justifique un tratamiento desigual entre ambos grupos.

La razón de tal inhabilidad se explica a continuación:

6.5.1. En cuanto trata de los contralores municipales en encargo, con arreglo a la reforma que sufrió el inciso 8º del artículo 272 de la Carta por virtud del Acto Legislativo 02 de 2015, tales funcionarios se encontrarían inhabilitados para ser elegidos como contralores cuando, dentro de los doce meses anteriores a la elección, hubieren fungido como contralores municipales o como meros empleados públicos del respectivo municipio. Lo anterior, con arreglo a lo previsto en los numerales 2 y 5 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000[67], que reformaron el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 a que remite el literal c) del artículo 163 de dicha ley como causales de inhabilidad para ser elegido contralor municipal[68]; inhabilidades estas que encuentran mayor apoyo en la contingente situación de conflicto de intereses ya advertida en esta providencia (ver supra 5.4.).

6.5.2. La anterior advertencia también se predica de quienes vinieren fungiendo como auditores de las contralorías municipales durante los doce (12) meses anteriores a la elección del nuevo contralor. En efecto, como el cargo de auditor de la contraloría municipal corresponde al funcionario que –por virtud de la delegación o desconcentración de funciones que en él hiciera el Auditor General de la República para vigilar la gestión fiscal de la propia contraloría municipal (ver supra 1.4), este también estaría inhabilitado para ser elegido como contralor de la respectiva municipalidad con arreglo a lo previsto por el mismo numeral 2 del artículo 95 de la Ley 617 de 2000. Ciertamente, al margen de que el auditor del caso perteneciere al nivel central de la administración pública, su labor claramente se ejecutaría en el nivel territorial, con capacidad real para influir sobre los funcionarios de tal nivel[69].

Hecha la anterior precisión, la Corte declarará la inexequibilidad de la expresión “o como encargado” del literal a) del artículo 163 de la Ley 163 de 1994.

7. Conclusiones

La inhabilidad prevista bajo el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 se comprende en cuanto atiende a los principios de moralidad, igualdad, objetividad, transparencia e imparcialidad que exige la Constitución para el acceso a los cargos públicos. En efecto, el respeto a dichos principios podría verse comprometido si quienes, haciendo uso del poder correspondiente a las funciones de control inherentes al contralor o auditor de la contraloría de un determinado municipio, aún en condición de encargo, pudieren influir en el resultado de la elección del nuevo contralor municipal para el periodo inmediatamente posterior a aquel en que tuvieren dicho poder. Bajo esta perspectiva, el aparte legal demandado no resultaría contrario a la Constitución.

No obstante, la imposición de una inhabilidad que, aun cuando temporal, impide que quienes vinieren ejerciendo en condición de encargo como contralores municipales o como auditores de las contralorías municipales, pudieran aspirar a ser elegidos como nuevos contralores titulares no se ajusta a la Constitución Política al violar los artículos 13, 40 y 272, inciso 8º superiores. La referida inhabilidad, al no ser idónea para alcanzar los fines que exige la Constitución para el acceso a los cargos públicos, establece una temporalidad que afecta desproporcionadamente el referido de derecho de acceso. Más allá, la norma, también resulta evidentemente desproporcionada a la luz de las inhabilidades que, para casos similares, prevén tanto el inciso 8º del artículo 272 constitucional, como la primera parte del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994; normas estas que otorgan a otros funcionarios municipales un régimen de inhabilidades mucho más benévolo sin que el más severo que prevé la norma objeto de esta sentencia se encuentre justificado.

De lo expuesto atrás en esta sentencia se concluye que, al redactar el literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994[70], el legislador violó la Constitución Política en sus artículos 13 y 40 y 272, inciso 8º cuando previó que aquellos que hubieran fungido, en condición de encargo, como contralores o auditores de la contraloría de un mismo municipio durante cualquier momento del periodo anterior, se encontrarían inhabilitados para ser elegidos como contralores municipales titulares para el próximo periodo legal.

VIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Declárase INEXEQUIBLE la expresión “o como encargado” del literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Con aclaración de voto

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Ausente con permiso

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

CARLOS BERNAL PULIDO

A LA SENTENCIA C-126/18

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD SOBRE INHABILIDADES PARA ELECCION DE CONTRALOR MUNICIPAL-La Corte debió inhibirse de proferir una decisión de fondo (Salvamento de voto)

Expediente: D-12201

Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger

1. Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Plena, suscribo el presente salvamento de voto en relación con la sentencia de la referencia. En mi criterio, en el presente caso, (i) el actor no formuló un cargo de inconstitucionalidad que diere lugar a un pronunciamiento de fondo por parte de esta Corte y (ii) el segundo problema jurídico que abordó la sentencia no se deriva de los argumentos de la demanda de inconstitucionalidad, esto es, fue formulado ex oficio por la Corte. Por estas razones, la Corte ha debido inhibirse de proferir una decisión de fondo.

2. De un lado, la demanda de inconstitucionalidad sub examine no contiene un auténtico cargo de inconstitucionalidad. Si bien el actor identificó la norma demandada y señaló que vulneraba los artículos 13 y 40.7 de la Constitución Política, lo cierto es que no presentó argumento alguno que le permitiera a esta Corte siquiera sospechar acerca de la irrazonabilidad o la desproporcionalidad del contenido normativo acusado, esto es, no formuló argumentos específicos y suficientes que le permitieran a esta Corte adelantar el control de constitucionalidad que finalmente ejerció. Es más, bajo el radicado No. D-12018, el actor promovió idéntica demanda, la cual fue inadmitida y rechazada, por cuanto su argumentación no satisfacía los requisitos de los cargos de inconstitucionalidad.

3. De otro lado, el segundo problema jurídico que aborda la sentencia no se deriva de la demanda sub examine y, en consecuencia, fue formulado ex oficio por esta Corte. El sistema de justicia constitucional colombiano supone que el control de constitucionalidad de las leyes a cargo de esta Corte es, por regla general, de carácter rogado; solo es automático en las hipótesis previstas expresamente por el artículo 241 de la Constitución Política. Pese a lo anterior, en la sentencia de la cual me aparto, la Corte decidió formularse y resolver un problema jurídico que no se deriva de los planteamientos del actor, relativo a la razonabilidad y proporcionalidad de la medida al no tener en cuenta cuánto tiempo y en qué momento se habría ejercido el cargo de contralor municipal o distrital para efectos de configurar la inhabilidad. Este cuestionamiento no fue siquiera insinuado por el actor, por lo que la Corte, al pronunciarse al respecto, ejerció un control oficioso a la luz de este problema jurídico.

Fecha ut supra,

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

[1] La expresión “o del concejo que deba hacer la elección” entre paréntesis, fue declarada inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-468 de 2008, MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[2] El actor equivocadamente cita una sentencia C-1237 de 2000, que no existe. Según se desprende del texto citado tal sentencia correspondería a la C-1372 de 2000, MP Alfredo Beltrán Sierra.

[3] Frente a la razonabilidad y proporcionalidad de las inhabilidades como excepción y restricción, el actor señala las sentencias de la Corte Constitucional C-537 de 1993, C-320 de 1994, C-373 de 1995, C-367 de 1996, C-509 de 1997, C-618 de 1997, C-068 de 1998 y C-147 de 1998.

[4] Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación del proceso: 540012331000-2011-00552-01, providencia de diciembre 6 de 2012. MP Susana Buitrago Valencia.

[5] La interviniente equivocadamente cita una sentencia C-1472 de 2000, que no existe. Según se desprende del contexto de la intervención tal sentencia correspondería a la C-1372 de 2000.

[6] [10]Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Radicación número: 47000-23-33-002-2016-00074-02 (Acumulado).

[7] Aun cuando el literal a) del referido artículo 163 de la Ley 136 de 1994 hace exclusiva referencia a quienes hayan sido contralores o auditores “de la contraloría municipal (…)”, debe entenderse que la inhabilidad del caso se extiende a quienes aspiren a ser elegidos como contralores distritales cuando sobre estos últimos no existiere disposición legal especial. Esto por cuanto el artículo 194 de la citada ley extiende sus efectos al régimen

distrital. En efecto, la normal legal recién aludida señala que: "En cuanto no pugne con las leyes especiales, la presente ley se aplicará a los distritos."

[8] Const. Pol., art. 113—"Son ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

(…)".

[9] Sentencia C-246 de 2004, MP Clara Inés Vargas Hernández.

[10] MP Fabio Morón Díaz.

[11] "(L)a Contraloría General de la República y las contralorías territoriales concurren en el control fiscal sobre el uso de los recursos del sistema general de participaciones por parte de las entidades territoriales. En la jurisprudencia se señala, asimismo, que la Contraloría General de la República tiene una facultad prevalente, lo que significa que ella puede desplazar a las contralorías territoriales que han iniciado un proceso de responsabilidad fiscal por causa de la gestión de esos recursos, pero no está obligada a desplazarlas." (T-107 de 2006, MP Manuel José Cepeda Espinosa)

[12] Const. Pol, art. 272—"La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales. (…)"

[13] Aquellos municipios y distritos de categoría especial, de primera categoría y de segunda categoría siempre y cuando estos últimos cuenten con población superior a cien mil (100.00) habitantes y cuyos ingresos corrientes de libre destinación anuales sean superiores a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales. Ver: Ley 42 de 1993, art. 4º y Ley 136 de 1994, arts. 6º y 156 (respectivamente reformados por los arts. 2º y 21 de la Ley 617 de 2000).

[14] Ley 42 de 1993, art. 66.—“En desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas”

[15] C-509 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara. Él énfasis no es del texto original.

[17] Const. Pol. art. 274—“La vigilancia de la gestión fiscal de la Contraloría General de la República se ejercerá por un auditor elegido para períodos de dos años por el Consejo de Estado, de terna enviada por la Corte Suprema de Justicia.

La ley determinará la manera de ejercer dicha vigilancia a nivel departamental, distrital y municipal.”

[18] Decreto Ley 272 de 2000, art. 17. — Funciones del auditor general de la República. “Son las siguientes:

(…)

12. Ejercer la vigilancia de la gestión fiscal, (en forma excepcional), sobre las cuentas de las contralorías municipales y distritales, sin perjuicio del control que les corresponde a las contralorías departamentales, (previa solicitud del gobierno departamental, distrital o municipal; de cualquier comisión permanente del Congreso de la República de la mitad más uno de los miembros de las corporaciones públicas territoriales o de la ciudadanía, a través de los mecanismos de participación ciudadana que establece la ley. Este control no será aplicable a la Contraloría del Distrito Capital de Santafé de Bogotá). (Nota: El texto en negrilla y entre paréntesis del numeral 12 del presente artículo fue declarado inexequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-1339 de 2000, MP Antonio Barrera Carbonell).

[19] Sentencia C-1339 de 2000, MP Antonio Barrera Carbonell.

[20] Decreto Ley 272 de 2000, Art. 12—Delegación y desconcentración de funciones. “El auditor general de la República, de conformidad con la Ley 489 de 1998, (…) podrá desconcentrar y delegar en las gerencias seccionales el ejercicio de la vigilancia de la gestión fiscal, con sujeción a lo previsto en normas especiales.”

[21] Sentencia C-312 de 1997, MP Hernando Herrera Vergara.

[22] Ver, por ejemplo: C-775 de 2001 y C-401 de 2001, MP Álvaro Tafur Galvis.

[23] C-380/97, MP Hernando Herrera Vergara.

[24] "Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas (...)".

[25] Const. Pol., art. 272.- "La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

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

INC. 4. —Modificado. A.L. 2/2015, art. 23.Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las asambleas departamentales, concejos municipales y distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del gobernador o Alcalde, según el caso.

INCISO 5º Ningún contralor podrá ser reelegido para el período inmediato.

INCISO 6º Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

INCISO 7º Para ser elegido contralor departamental, distrital o municipal se requiere ser colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio, tener más de 25 años, acreditar título

universitario y las demás calidades que establezca la ley.

INC. 8. —Modificado. A.L. 2/2015, art. 23. No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal. .

Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones".

[27] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia 2016-00028 de julio 13 de 2017, Consejero Ponente: Dr. Alberto Yepes Barreiro. Rad.: 27001-23-33-000-2016-00028-01. Ver también Sentencia de 7 de diciembre de 2016, expediente 47000-23-33-002-2016-00074-02 de la misma Sección del Consejo de Estado.

[28] Sentencia C-506 de 1995, MP Carlos Gaviria Díaz.

[29] Const. Pol., art. 272, inc. 3º; Ley 136 de 1994, art. 32.8 (reformado por el art. 18 de la Ley 1551 de 2012).

[30] Ley 136 de 1994, art. 158. — Contralores municipales. "En aquellos distritos y municipios donde exista contraloría, los respectivos contralores se elegirán dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero respectivo por el concejo para un período igual al de los alcaldes (…). En ningún caso habrá lugar a reelección."

[31] Del texto del literal a) del artículo 163 de la Ley 136 de 1994 se desprende que la inhabilidad a que refiere dicha norma se predica de cada unidad territorial, no pudiendo la misma extenderse a quienes hubieren fungido como contralores o auditores de, por ejemplo, un determinado municipio cuando tales personas quisieren ser elegidos como contralores de otro municipio. En efecto, si la inhabilidad se predica de quien haya sido contralor o auditor de "la Contraloría Municipal", es lógico pensar que dicha inhabilidad opera para ocupar el cargo correspondiente en ese mismo órgano de control. Tal interpretación es armónica con lo previsto por el art. 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 que

modificó el inc. 8 del artículo 272 Superior habida cuenta de que los sujetos pasivos de dicha norma se circunscriben a quienes, entre otras, hayan sido miembro del "Concejo que deba hacer la elección", correspondiendo a cada concejo municipal elegir el contralor de su propia jurisdicción (Const. Pol, art. 272, inc. 4º). En este sentido puede consultarse la parte final de la Sentencia C-147 de 1998 (MP Alejandro Martínez Caballero), según la cual "(…) en virtud del principio de integridad de la Constitución, las distintas disposiciones de la Carta no deben ser interpretadas de manera aislada, sino de manera sistemática y tomando en cuenta la finalidad que cumplen. Y esta interpretación sistemática y finalística permite concluir que la inhabilidad para ser contralor departamental prevista por el artículo 272 de la Carta no se aplica cuando se trata de situaciones ocurridas en departamentos diferentes, (…)"(Énfasis fuera de texto)

[32] Const. Pol., art 122, inc. final—Modificado. A.L. 1/2004, art.1º.Modificado.A.L.1/2009, art. 4º. "Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

Tampoco quien haya dado lugar, como servidores públicos, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño"

[33] La Corte ha distinguido las inhabilidades que se originan como consecuencia de la imposición de una condena o de una sanción disciplinaria causada por un comportamiento subjetivo de aquellas ocasionadas por el desempeño de una determinada función o empleo, que equivalen a inhabilidades con un fundamento puramente objetivo. (Ver, entre otras, las siguientes sentencias: C-798 de 2003, MP Jaime Córdoba Triviño; C-1062 de 2003, MP Marco Gerardo Monroy Cabra; C-325 de 2009, MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y C-634 de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[34] MP Hernando Herrera Vergara.

[35] MP Alejandro Martínez Caballero.

[36] MP Alfredo Beltrán Sierra.

[37] MP Marco Gerardo Monroy Cabra.

[38] MP Antonio Barrera Carbonell.

[39] C-612 de 2013, MP Alberto Rojas Ríos.

[40] Const. Pol. art. 243.—"Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexequible por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución."

[41] C-287 de 2017, MP Alejandro Linares Cantillo. En este sentido también se pueden consultar las sentencias C-287 de 2014, MP Luis Ernesto Vargas Silva; C-337 de 2007, MP Manuel José Cepeda Espinosa; y C-774 de 2001, MP Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

[42] [54] Sentencia C – 489 de 2000.

[43] [55] Sentencia C – 565 de 2000.

[44] [57] Sentencias C-532 de 2013, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez; C-287 de 2014, MP Luis Ernesto Vargas Silva; y C-427 de 1996, MP Alejandro Martínez Caballero, entre muchas otras.

[45] C-726 de 2015, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[46] Ver sentencias C-565 de 2000, MP Vladimiro Naranjo Mesa; C-710 de 2005, MP Marco Gerardo Monroy Cabra; C-532 de 2013, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez, y C-621 de 2015, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] Decreto 648 de 2017. "ART. 2.2.5.2.1.—Vacancia definitiva. "El empleo queda

vacante definitivamente, en los siguientes casos: 1. Por renuncia regularmente aceptada. 2. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción. 3. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa. 4. Por declaratoria de insubsistencia del nombramiento provisional. 5. Por destitución, como consecuencia de proceso disciplinario. 6. Por revocatoria del nombramiento. 7. Por invalidez absoluta. 8. Por estar gozando de pensión. 9. Por edad de retiro forzoso. 10. Por traslado. 11. Por declaratoria de nulidad del nombramiento por decisión judicial o en los casos en que la vacancia se ordene judicialmente. 12. Por declaratoria de abandono del empleo. 13. Por muerte. 14. Por terminación del período para el cual fue nombrado. 15. Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes." ART. 2.2.5.2.2.— Vacancia temporal. "El empleo queda vacante temporalmente cuando su titular se encuentre en una de las siguientes situaciones: 1. Vacaciones. 2. Licencia. 3. Permiso remunerado. 4. Comisión, salvo en la de servicios al interior. 5. Encargado, separándose de las funciones del empleo del cual es titular. 6. Suspendido en el ejercicio del cargo por decisión disciplinaria, fiscal o judicial. 7. Período de prueba en otro empleo de carrera."

[49] Por lo pronto, el artículo 3º de la Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones", prevé que sus serán aplicables en su integridad a, entre otros, a quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las la Auditoría General de la República. Es preciso señalar que conforme al numeral 16 del artículo 17 del Decreto Ley 272 de 2000, es función del Auditor General de la República la de "Adoptar la planta de personal de (…) proveer los empleos cumpliendo las normas sobre carrera administrativa, (…)"

[50] Const. Pol. art. 272 INC. 4. —Modificado. A.L. 2/2015, art. 23. "Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las asambleas departamentales, concejos municipales y distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del gobernador o Alcalde, según el caso."

[51] El periodo de los alcaldes, a cuyo tiempo está atado el de los contralores municipales por virtud de lo previsto en el artículo 158 de la Ley 136 de 1994, es de cuatro (4) años de acuerdo con el artículo 314 de la Constitución.

[52] Ver, por ejemplo las sentencias C-652 de 2003 en su numeral 7 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) y C-038 de 1996 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[53] En sentencia C-520 de 2016 (M.P. María Victoria Calle Correa), la Corte recordó que "(l)a proporcionalidad del medio se determina, entonces, mediante una evaluación de su "idoneidad para obtener el fin (constitucionalmente legítimo de acuerdo con el principio de razón suficiente); necesidad, en el sentido de que no existan medios alternativos igualmente adecuados o idóneos para la obtención del fin, pero menos restrictivos de los principios afectados; y proporcionalidad en sentido estricto, esto es, que el fin que la efectividad del fin que se persigue se alcance en una medida mayor a la afectación de los principios que sufren restricción, y particularmente, del principio de igualdad"

[54] Sentencia C-1372 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

[55] Sentencia C-400 de 2013, MP Nilson Pinilla Pinilla. En el mismo sentido puede consultarse la sentencia C-634 de 2011, MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[56] Sobre la diferencia entre precedente horizontal y precedente vertical y la justificación de su poder vinculante se pueden consultar, entre otras, las sentencias SU-354 de 2017, MP (e) Iván Humberto Escrucería Mayolo; T-794 de 2011, MP Jorge Iván Palacio; T-082 de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; y T-209 de 2011, MP Juan Carlos Henao Pérez.

[57] En Sentencia T-830 de 2012 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), retomada en la sentencia T-438 de 2016 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez) la Corte distinguió la figura de antecedente judicial de la institución del precedente judicial de la siguiente manera: "El primero –antecedente– se refiere a una decisión de una controversia anterior a la que se estudia, que puede tener o no algunas similitudes desde el punto de vista fáctico, pero lo más importante es que contiene algunos puntos de derecho (v.gr. conceptos, interpretaciones de preceptos legales, etc.) que guían al juez para resolver el caso objeto de estudio. Por tanto, los antecedentes tienen un carácter orientador, lo que no significa (a) que no deban ser tenidos en cuenta por el juez a la hora de fallar, y (b) que lo

eximan del deber de argumentar las razones para apartarse, en virtud de los principios de transparencia e igualdad (…). El segundo concepto –precedente–[40], por regla general, es aquella sentencia o conjunto de sentencias que presentan similitudes con un caso nuevo objeto de escrutinio en materia de (i) patrones fácticos y (ii) problemas jurídicos, y en las que en su ratio decidendi se ha fijado una regla para resolver la controversia, que sirve también para solucionar el nuevo caso".

[58]Ante la pregunta de "¿debe entenderse por precedente cualquier antecedente que se haya fijado en la materia, con anterioridad al caso en estudio?", en Sentencia T-292 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte indicó que: "La respuesta a esta inquietud es negativa por varias razones. La primera, es que no todo lo que dice una sentencia es pertinente para la definición de un caso posterior, como se ha visto (vgr. la ratio es diferente al obiter dicta). La segunda, es que aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no".

[59] En el Auto 244 de 2012 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) la Corte sostuvo que: "se debe aceptar que cuando la Sala Plena de la Corte Constitucional se aleja de manera arbitraria y caprichosa del precedente sentado por ella misma, omitiendo justificar la modificación jurisprudencial, vulnera de manera grave y ostensible el derecho al debido proceso y procede entonces el incidente de nulidad. A diferencia de las hipótesis de variación de jurisprudencia por la Sala de Revisión, en este caso el fundamento jurídico de la nulidad no son los principios de competencia y de juez natural, sino la vulneración del derecho al debido proceso por la omisión de las cargas de transparencia y argumentación, en detrimento de los valores antedichos."

[60] La jurisprudencia sentada en Sentencia T-292 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) retomada en Auto 144 de 2012 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-817 de 2012 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-360 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), la Corte explicó los criterios para identificar la existencia de un precedente vinculante para decidir una cuestión posterior, de la siguiente manera. "(…) aunque se identifique adecuadamente la ratio decidendi de una sentencia, resulta perentorio establecer para su

aplicabilidad, tanto en las sentencias de constitucionalidad como en las de tutela, qué es aquello que controla la sentencia, o sea cual es el contenido específico de la ratio. En otras palabras, si aplica tal ratio decidendi para la resolución del problema jurídico en estudio o no. En este sentido, en el análisis de un caso deben confluir los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. iii) Los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que "cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente".

[61] Esto es, la "formulación del principio, regla o razón general que constituyen la base de la decisión judicial específica" (SU-047 de 1999, MP Carlos Gaviria Díaz y Alejandro Martínez Caballero, retomada en A-208 de 2006, MP Jaime Córdoba Triviño y en T-446 de 2013, MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[62] En Sentencia T-292 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) la Corte señaló que: "(…) puede considerarse que se ha identificado adecuadamente la ratio de una sentencia de constitucionalidad, cuando: i) La sola ratio constituye en sí misma una regla con un grado de especificidad suficientemente claro, que permite resolver efectivamente si la norma juzgada se ajusta o no a la Constitución. Lo que resulte ajeno a esa identificación inmediata, no debe ser considerado como ratio del fallo; ii) la ratio es asimilable al contenido de regla que implica, en sí misma, una autorización, una prohibición o una orden derivada de la Constitución; y iii) la ratio generalmente responde al problema jurídico que se plantea en el caso, y se enuncia como una regla jurisprudencial que fija el sentido de la norma constitucional, en la cual se basó la Corte para abordar dicho problema jurídico. Tomando estos elementos en conjunto, se podrá responder, por ejemplo, preguntas como las siguientes: 1) ¿por qué la Corte declaró inexequible una norma de determinado contenido?, 2) ¿por qué concluyó que dicha norma violaba cierto precepto constitucional?; 3) ¿por qué fue necesario condicionar la exequibilidad de una norma, en el evento de que la sentencia haya sido un fallo condicionado?"

[63] Const. Pol. art 272. INCISO 8º.- “No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal”

[64] Ley 617 de 2000, ART. 37. — Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“ART. 95. — Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(…)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, (…)

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección”.

[65] El periodo de los alcaldes, a cuyo tiempo está atado el de los contralores municipales por virtud de lo previsto en el artículo 158 de la Ley 136 de 1994, es de cuatro (4) años de acuerdo con el artículo 314 de la Constitución.

[66] Al final de su parte motiva, la Sentencia C-1372 de 2000 señaló que la inexequibilidad que en dicha providencia se declaró “no obsta para entender que la declaración de inexequibilidad que efectuará esta corporación, en nada se opone al sentido mismo de la inhabilidad que quiso consagrar el legislador, en relación con la persona que desempeñe el cargo de contralor departamental como encargado, pues es claro que quien hubiese ejercido como tal, en el último año de la elección, en razón a su carácter de servidor del orden departamental, no podrá ser elegido como contralor en propiedad para el período siguiente, en aplicación de la inhabilidad que expresamente consagró el propio constituyente en el artículo 272, al prescribir que no podrá ser elegido como contralor departamental, quien haya ocupado, en el último año, cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia. Norma esta que, reproducida en la

Ley 330 de 1996, fue declarada exequible en sentencia C-060 de 1998.”

[67] Ley 617 de 2000, art. 37.—Inhabilidades para ser alcalde. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así: “ART. 95.—Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: (…)2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, (…) 5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un período de doce (12) meses antes de la fecha de la elección”

[68] Ley 177 de 1994, art. 9º—El artículo 163 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

“ART. 163.—Inhabilidades. No podrá ser elegido contralor quien:

(…)

c) Esté incurso dentro de las inhabilidades señaladas en el artículo 95 y parágrafo de esta ley, en lo que sea aplicable”.

[69] Como reza el mentado numeral 2 del artículo 95 de la Ley 617 de 2000, no podrá ser elegido como contralor “(q)uien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, (…) en el respectivo municipio”.

[70] Literal este que no fue en lo absoluto modificado cuando la Ley 177 de1994 reformó el referido artículo.