



## **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de personero municipal / PERSONERO MUNICIPAL – Normas que rigen su elección / CONCURSO DE MÉRITOS – Etapas / PRINCIPIO DE MÉRITO - Afectación**

Del estudio de las circunstancias que rodearon la expedición de la elección acusada, descritas en el acápite de hechos probados, salta a la vista que frente a la situación del señor Efraín Hincapié que obtuvo la puntuación más alta en el concurso de méritos, se presentó una fuerte discusión sobre la posibilidad o no de elegirlo como personero municipal, respecto de la cual se solicitaron conceptos y se abrió un espacio de discusión en el seno del concejo municipal, para lo cual incluso, se modificó la fecha inicialmente programada de la elección. Sin embargo, pese a todas las actuaciones adelantadas, para la mayoría de los concejales, en especial, para los que consideraron que no podía elegirse a quien ganó el concurso público, el factor determinante para llegar a tal determinación fue la duda, esto es, la falta de certeza sobre las situaciones de inelegibilidad que fueron invocadas. (...). En ese contexto, comparte la Sala el razonamiento que desarrolló el juez de instancia al acceder a las pretensiones de la demanda, consistente en que la decisión de no elegir a quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles, fundada en la incertidumbre de las causales de inelegibilidad invocadas y el temor a una sanción, resulta contraria al principio del mérito que rige la elección de los personeros municipales. (...). Lo anterior en la medida que si la mencionada elección debe estar precedida de un concurso público de méritos, que pretende que las personas más capacitadas sean quienes ostenten la condición de personeros, para lo cual los concursantes se someten en igualdad de condiciones a una serie de pruebas para identificar los más calificados, la elección debe recaer sobre quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, salvo que medien razones objetivas y debidamente fundadas que impidan confirmar tal determinación, verbigracia la violación del régimen de inhabilidades. (...). En ese orden de ideas, resulta contrario al artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que estableció el concurso público para la elección de los personeros, que se invoque la existencia de dudas, de falta de claridad o el temor a una sanción, para justificar que la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles no debe ser elegida, pues bajo tal hipótesis ostensiblemente se minaría el principio del mérito, toda vez que bastaría alegar un estado de incertidumbre para desatender el mismo, lo que abre la puerta a la adopción de decisiones arbitrarias o infundadas, que terminan desconociendo el proceso de selección que se adelantó.

**NOTA DE RELATORÍA:** En cuanto a la elección de personeros que incluye ahora el concurso público de méritos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1 de diciembre de 2016, radicación 73001-23-33-000-2016-00079-03, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre el mismo tema y al analizar la constitucionalidad del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, ver: Corte Constitucional, sentencia de 6 de marzo de 2013, exp. C-105, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sobre las condiciones de elegibilidad de los aspirantes a personeros, consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 31 de julio de 2018, radicación 2373. Con respecto al mismo tema y el hecho de que el cambio introducido por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, no implicó la derogatoria tácita o modificación de las causales de inhabilidad para la elección de personero municipal contenidas en la Ley 136 de 1994, consultar entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de diciembre de 2016, radicación 73001-23-33-000-2016-00079-03, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



**FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 300 NUMERAL 8 / LEY 1551 DE 2012 – ARTÍCULO 35 / DECRETO 2485 DE 2014 – ARTÍCULO 1 / DECRETO 2485 DE 2014 – ARTÍCULO 2 / DECRETO 2485 DE 2014 – ARTÍCULO 4 / DECRETO 2485 DE 2014 – ARTÍCULO 6 / DECRETO 1083 DE 2015 - ARTÍCULOS 2.2.27.1 A 2.2.27.6**

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de personero municipal / NULIDAD ELECTORAL – Las causales alegadas de inhabilidad para alcaldes no aplica a personeros / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA / NULIDAD ELECTORAL – No se configura la causal alegada puesto que el cargo de contralor departamental no pertenece al sector central o descentralizado de la administración**

El señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra y el Concejo Municipal de Ibagué estimaron que el señor Efraín Hincapié González se encontraba incursa en las causales de inhabilidad (...), porque para el momento de la inscripción al concurso de méritos para el cargo de Personero Municipal de Ibagué se desempeñaba como Contralor Departamental del Tolima, y por consiguiente, desde dicho empleo ejerció en la ciudad de Ibagué autoridad administrativa dentro del periodo inhabilitante. (...). Sobre la aplicación de la anterior causal de inhabilidad [numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994], así como la contenida en el numeral 5º del artículo 95 ibídem, consistente en “haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección”, la Sección Quinta del Consejo de Estado, (...), de manera diáfana y reiterada ha precisado que los numerales 2 y 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que se refieren a situaciones de inhabilidad para los alcaldes, relacionadas con el hecho de haber ocupado con anterioridad cargos públicos, no resultan aplicables a la elección de personeros, toda vez que el legislador se ocupó de manera especial frente a éstos en el literal b) del artículo 174 de la misma ley, motivo por el cual no resulta necesaria la remisión a otras normas, pues la misma solo tiene lugar como lo señala el literal a) del artículo 174 ibídem, “en lo que sea aplicable”, so pena de realizar interpretaciones extensivas en materia de inhabilidades, lo cual está proscrito por el ordenamiento jurídico. (...). Dicho de otro modo, no resulta viable el análisis que propone la parte demandada de la situación del señor Hincapié a luz del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, pues se desconocería la intención del legislador de regular de manera clara y específica las inhabilidades para la elección de personeros, en relación con el desempeño en cargos públicos con anterioridad, situación que fue regulada de manera especial en el literal b) del artículo 174 de la misma ley. (...). [L]os empleos respecto de los cuales se consagró la causal de inhabilidad [antes mencionada] son aquellos que pertenecen a la administración central o descentralizada del respectivo municipio o distrito, motivo por el cual (en virtud de una interpretación restrictiva) si se trata de cargos que no hace parte del mismo, no hay lugar a predicar la configuración de dicha causal, que es precisamente lo que ocurre en esta oportunidad, pues con anterioridad a la elección, concretamente entre el 13 de enero de 2012 al 12 de enero de 2016, el señor Efraín Hincapié se desempeñó como Contralor Departamental del Tolima, motivo por el cual no hay lugar a considerar a luz de la norma aplicable, el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, que estaba inhabilitado para ser elegido personero del municipio de Ibagué. Es más, abundando en razones sobre el particular, no puede olvidarse que los órganos de control, como las contralorías y personerías no pertenecen al sector central o descentralizado de la Administración, pues no hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público.





**NOTA DE RELATORÍA:** Con respecto al hecho de que las inhabilidades para alcaldes previstas en los numerales 2 y 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, no resultan aplicables a la elección de personeros, consultar entre otras: Consejo de Estado, sentencia del 3 de marzo de 2011, radicación 76001-23-31-000-2009-00483-0, C.P. Mauricio Torres Cuervo; y sentencia del 1º de diciembre de 2016, radicación 15001-23-33-000-2016-00185-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

**FUENTE FORMAL:** LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 95 NUMERAL 2 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 174

**MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de personero municipal / NULIDAD ELECTORAL – No se configura la prohibición alegada puesto que el cargo de personero no es de elección popular / NULIDAD ELECTORAL – No se configura la prohibición alegada por haber desempeñado el cargo de contralor departamental**

Al analizar la norma en comento [artículo 272 de la Constitución Política] se tiene que contiene 2 prohibiciones para quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, que temporalmente se presentan dentro del año siguiente de haber cesado en sus funciones como contralor. La primera, que no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio en el que ejerció control y vigilancia como contralor, y la segunda, que tampoco podrá inscribirse como candidato a cargos de elección popular del mismo territorio. (...). En el caso de autos, la aspiración del señor Efraín Hincapié fue al cargo de personero, que no es de elección popular, razón por la cual no resulta aplicable la segunda prohibición contenida en el artículo 272 constitucional, de manera tal que no resulta válido predicar como lo hace la parte demandada, que el señor Efraín Hincapié no podía inscribirse al concurso público de Personero Municipal del Tolima porque para entonces no había transcurrido más de un año desde que cesó de ejercer como Contralor Departamental del Tolima. En cuanto a primera prohibición, la relativa no desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio en el que ejerció control y vigilancia como contralor, dentro del año siguiente a que cesó en sus funciones, se tiene que el periodo institucional de 4 años por el que fue nombrado el señor Efraín Hincapié como contralor departamental finalizó el 12 de enero de 2016, de manera tal que la prohibición en comento rigió hasta el 12 de enero de 2017, momento para el cual se había proferido el fallo de esta Sección (del 1º de diciembre de 2016) que anuló la elección del señor Julián Parada como Personero de Ibagué, pero ni siquiera se había adicionado la providencia respectiva en el sentido de ordenar al concejo municipal “realizar un nuevo procedimiento a partir de la convocatoria efectuada”, pues ello ocurrió hasta el 26 de enero de 2017. Con mayor razón para el momento en que inicialmente se programó la elección del personero, luego de que el proceso reiniciara por orden judicial, esto es, el 7 de noviembre de 2017, claramente había transcurrido el año en el que el señor Efraín Hincapié tenía prohibido desempeñar empleos en el territorio en el que ejerció como contralor, lo que es todavía más notorio para el instante en que efectivamente se eligió al personero de Ibagué, el 9 de marzo de 2018, motivo por el cual contrario a lo indicado por la parte demandada, tampoco resulta válido a la luz del artículo 272 constitucional, que se haya invocado como circunstancia de inelegibilidad de quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles, el hecho que se haya desempeñado como Contralor Departamental del Tolima.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 272



Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia

[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)



## **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de personero municipal / CONFLICTO DE INTERESES – No constituye una causal de nulidad electoral / CONFLICTO DE INTERESES – Inexistente al no acreditarse actuación irregular por parte de la ESAP**

En cuanto a la última situación invocada para no elegir como Personero de Ibagué al señor Hincapié, esto es, el supuesto conflicto de intereses que se evidencia respecto de la ESAP, en razón a que uno de los concursantes, y por ende, de las personas que debía evaluar, era uno de sus docentes y “curiosamente” se le terminó asignando una puntuación tan alta que condicionó los resultados del concurso, a pesar que durante el trámite que en su momento dio lugar a la elección del señor Julián Parada, no tuvo un rendimiento satisfactorio, estima la Sala (...) que la violación del régimen de conflicto de intereses no está prevista como una causal de nulidad electoral, en tanto el análisis de tal situación es propia de ámbitos sancionatorios, verbigracia procesos disciplinarios o la acción de pérdida de investidura, por lo que en principio el análisis de dicha situación resulta ajeno al presente medio de control. Ahora bien, eventualmente podría considerarse que la existencia de conflicto de intereses derivó en ostensibles irregularidades en el trámite que se adelantó para proferir acto de designación o elección enjuiciado, a tal punto que hay lugar a predicar que existió expedición irregular del mismo, o que conllevó a que se desconocieran las normas en que debía fundarse. (...). Bajos la anteriores consideraciones y haciendo un ejercicio interpretativo de las razones invocadas por la parte demandada para no elegir al señor Hincapié y en su lugar elegir a la persona que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, podría entenderse que el proceder del concejo municipal tuvo como sustento la forma irregular en la que actuó la ESAP frente a la evaluación del hoy demandante, por lo que resultaba contrario al ordenamiento jurídico que se le eligiera como personero municipal. Empero, al analizar detenidamente los argumentos que se ofrecen frente a dicha tesis, los mismos en manera alguna dan cuenta de situaciones fundadas para considerar que la ESAP tenía interés en que uno de sus docentes ganara el proceso de elección, la existencia de alguna disposición que impidiera a cualquier persona que trabajara para aquélla hacer parte del concurso público, tampoco que el señor Efraín Hincapié haya intervenido en el diseño de las pruebas aplicadas o en la evaluación realizada, que la mencionada universidad tenía el deber legal de abstenerse de calificar a cualquier persona que hiciera parte de su planta de personal, y mucho menos que la evaluación que se hizo del referido aspirante fue arbitraria o contraria a la verdad. En suma, ni el Concejo Municipal de Ibagué ni el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra dan cuenta de elementos de juicio creíbles a partir de los cuales pueda considerarse que la ESAP actuó de manera irregular, que existía un interés particular que le impidió velar por el interés general de adelantar un proceso de selección objetivo, imparcial y en condiciones de igualdad y/o que se desconocieron las normas que regían el concurso. (...). El estudio emprendido da cuenta de la falta de validez de las razones invocadas para no elegir como Personero de Ibagué a quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles, y por consiguiente, que en desconocimiento del principio del mérito, de la norma antes señalada y del artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, se eligió al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra.

## **MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de personero municipal / FALLO INHIBITORIO – Consideraciones innecesarias**



Finalmente, le corresponde a la Sala conforme a los argumentos de los recursos de apelación interpuestos, establecer si resulta procedente el análisis planteado por el juez de primera instancia respecto al inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué, en tanto a la vez que se inhibió para pronunciarse sobre los mismos, los inaplicó frente al análisis de elección acto acusado. Para tal efecto se recuerda que mediante el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017, el Concejo Municipal de Ibagué durante el concurso de méritos estableció que en caso de que no se eligiera al primero de la lista de elegibles, se sometería a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta agotar aquélla si es necesario, y que mediante la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017, se modificó para el 27 de noviembre de 2017 la fecha de la citación a elección y nombramiento, debido a “preocupaciones, dudas e incertidumbres jurídicas en torno a las presuntas inhabilidades e incompatibilidades y posibles conflicto de intereses de algunos aspirantes”. (...). Por ende, se tiene que el A quo a la vez que se declaró inhibido para pronunciarse sobre la legalidad de las anteriores disposiciones, de manera contradictoria consideró que debía inaplicarse porque violaban al ordenamiento jurídico. (...). [A] juicio de la Sala y teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí realizadas sobre la importancia de valorar de manera seria y suficiente las condiciones de elegibilidad de los concursantes, prima facie se estima que la decisión de aplazar la fecha de elección debido a que no se tiene certeza de las condiciones de elegibilidad de los aspirantes es razonable, so pena que ante la premura del tiempo y la no resolución de las inquietudes existentes, se incurra en un error a la hora de elegir al personero. (...). De igual forma, tampoco se estima que la precisión de la Resolución N° 397 de 2017, según la cual en caso de que no se eligiera al primero de la lista de elegibles, se sometería a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta agotar aquélla si es necesario, sea abiertamente contraria a la Constitución y la ley, en tanto fue el resultado de las vicisitudes que se han presentado frente a la elección del personero de Ibagué. (...). [A]l revisar las distintas actuaciones del proceso, en especial el auto admisorio de la demanda, se tiene que el A quo admitió ésta frente a la pretensión de la nulidad acto elección, y que expresamente indicó que no se admitía respecto a las peticiones de anular o inaplicar el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017, por ser actos de trámite, sin perjuicio del análisis que de los mismos pudiera efectuarse, de manera tal que las consideraciones que se hicieron sobre el tema en el fallo bajo los términos de decisión inhibitoria, a juicio de la Sala no eran necesarias, y por el contrario, provocaron la referida contradicción. Lo expuesto lleva a concluir que hay lugar a revocar los numerales cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, mediante los cuales el Tribunal Administrativo del Tolima se inhibió y a la vez inaplicó los anteriores actos.

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 73001-23-33-000-2018-00204-03**



**Actor: EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ**

**Demandado: CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA - PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL**

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

### **OBJETO DE LA DECISIÓN**

1. Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra y el Concejo Municipal de Ibagué, contra la sentencia del 28 de marzo de 2019, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró la nulidad de la elección del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como Personero Municipal de Ibagué.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1.1. La demanda**

2. El 6 de abril de 2018<sup>1</sup> el señor Efraín Hincapié González presentó demanda en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011<sup>2</sup>, contra el Concejo Municipal de Ibagué y el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, Personero Municipal de Ibagué.

#### **1.2. Pretensiones**

3. Como pretensiones formuló las siguientes<sup>3</sup>:

**Primera:** Se declare la nulidad del acto de elección del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como Personero de Ibagué, efectuada por el Concejo Municipal de Ibagué en sesión del día 9 de marzo de 2018, según acta de elección número

<sup>1</sup> Folio 3 del cuaderno N° 1.

<sup>2</sup> Folios 147-194, 199-202 del cuaderno No. 1

<sup>3</sup> Contenidas en el escrito de reforma de la demanda (Fl. 199-202, C.1.), luego de que el Tribunal Administrativo del Tolima estimara mediante auto del 10 de abril de 2018 (Fl. 196, C.1.) que de manera indebida al medio de control de nulidad electoral se acumularon pretensiones relativas al medio de nulidad y restablecimiento del derecho.



34 y acta de posesión del 14 de marzo de 2018, “*por violación al procedimiento establecido en la Ley y en la norma reguladora del concurso público abierto de méritos*”.

**Segunda:** Se declare la nulidad de la anterior elección, “*por violación al principio y criterio del mérito propios de este tipo de actuaciones administrativas*”.

**Tercera:** Se declare la nulidad del inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué<sup>4</sup>, al establecer que “*(e)n caso de no ser elegido el primero de la lista, se somete (sic<sup>5</sup>) a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta que se elija o agotar la lista si es necesario*”, “*atendiendo el principio y criterio del mérito propios de esta clase de actuaciones administrativas*”.

**Pretensión subsidiaria a la tercera principal:** Se inaplique la norma antes señalada.

**Cuarta:** Se declare la nulidad de la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué<sup>6</sup>, “*atendiendo el principio y criterio del mérito propios de esta clase de actuaciones administrativas*”.

**Pretensión subsidiaria a la cuarta principal:** Se inaplique la norma antes señalada.

**Quinta:** Ordenar retrotraer el concurso público abierto de méritos desde la etapa de elección, inclusive, del Personero Municipal de Ibagué.

**Sexta:** Se ordene al Concejo Municipal de Ibagué, “*efectuar la elección para ocupar el empleo de PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ, por el período que finaliza el último día de febrero de 2020, teniendo en cuenta la mayor puntuación para ser elegido conforme a la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué el 3 de noviembre de 2017, atendiendo el principio y criterio de mérito propios de este tipo de actuaciones administrativas*”.

**Séptima:** Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del CPACA.

### 1.3. Hechos probados

4. La Sala encontró acreditados los siguientes hechos, los cuales son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

<sup>4</sup> “*Mediante la cual se adopta listado de sumatorias parciales remitidas por la ESAP en el concurso público y abierto de méritos y el concejo municipal dispone medidas para verificar presuntas inhabilidades e incompatibilidades de los aspirantes al cargo de personero municipal de Ibagué*”

<sup>5</sup> Según el inciso 2º del artículo 4º de la referida resolución, la palabra correcta es someta en lugar de somete.

<sup>6</sup> “*Por medio de la cual se modifica el artículo tercero de la Resolución 397 de 2017, en lo que corresponde a la etapa de la citación a elección y nombramiento*”.

5. El señor Efraín Hincapié González, fue nombrado y posesionado como Contralor Departamental del Tolima, para el periodo comprendido entre el 13 de enero de 2012 al 12 de enero de 2016<sup>7</sup>.

6. Según certificación de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Escuela Superior de Administración Pública (en adelante ESAP) del 25 de enero de 2019<sup>8</sup>, el señor Efraín Hincapié González suscribió los siguientes contratos de prestación de servicios profesionales para desempeñarse como docente: (i) N° 593 de 2016, con término del 30 de agosto de 2016 al 16 de diciembre de 2016; y (ii) N° 470 de 2017, con un periodo del 28 de abril de 2017 al 3 de octubre de 2017 “según terminación por mutuo acuerdo”<sup>9</sup>.

7. Mediante la Resolución N° 292 del 13 de noviembre de 2015<sup>10</sup>, de la Junta Directiva del Concejo Municipal de Ibagué convocó a concurso público abierto de méritos para la elección del personero. Mediante dicho acto se establecieron las etapas, requisitos y reglas del proceso correspondientes, entre los cuales se destaca que los concursantes no debían inscribirse si estaban incursos en alguna de las causales de incompatibilidad e inhabilidad dispuestas por las normas vigentes (art. 7, numeral 4°); que el período de inscripción inicialmente iría del 27 de noviembre de 2015 al 29 de los mismos mes y año (art. 4°); y que los concursantes admitidos se someterían a las siguientes pruebas cuyo porcentaje de valoración fue precisado así (art. 15):

Clase	Carácter	Peso dentro del concurso %
Prueba de conocimientos	Eliminatorio	60
Prueba de competencias	Clasificatoria	15
Ánalysis de antecedentes	Clasificatoria	15
Entrevista	Clasificatoria	10

8. Los demás artículos establecen los pormenores de las etapas de evaluación, verbigracia, que la ESAP, la institución de educación superior que fue contratada para el proceso correspondiente, sería la encargada de adelantar las fases de pruebas de conocimiento y competencia y el análisis de antecedentes, cuyos resultados publicaría y entregaría al concejo municipal a fin de que éste efectuara las entrevistas y posteriormente elaborara la lista de elegibles respectiva, con el propósito de llevar a cabo la elección dentro del plazo legalmente establecido (arts. 29, 34 y 35).

<sup>7</sup> Según certificación de la Secretaría Administrativa y Financiera de la Contraloría Departamental del Tolima del 28 de enero de 2019, visible a folios 949-953 del cuaderno N° 3.

<sup>8</sup> Folio 923 del cuaderno N° 3.

<sup>9</sup> Los mencionados contratos se encuentran visible a folios 925-947 del cuaderno N° 3.

<sup>10</sup> Folios 5-21 del cuaderno N° 1.

9. El periodo de inscripción a la convocatoria fue modificado para realizarse del 30 de noviembre de 2015 al 2 de febrero de 2015<sup>11</sup>.

10. Adelantando el proceso respectivo, el Concejo Municipal de Ibagué en sesión del 10 de enero 2016 eligió como personero al señor Julián Andrés Prada Betancourt, quien obtuvo el puntaje más alto en el concurso de méritos<sup>12</sup>.

11. La anterior elección fue anulada en sede de nulidad electoral, mediante sentencia del 23 de mayo de 2016 del Tribunal Administrativo del Tolima<sup>13</sup>, que fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en fallo del 1º de diciembre del mismo año<sup>14</sup>, en atención a que si bien el señor Julián Andrés Prada obtuvo el primer lugar en el referido concurso, incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994<sup>15</sup>, que debió verificar el Concejo Municipal de Ibagué como el responsable de la elección.

12. El fallo del 1º de diciembre de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado fue adicionado de oficio, mediante providencia del 26 de enero de 2017<sup>16</sup>, en el entendido que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de elección del señor Julián Andrés Prada Betancourt, el Concejo Municipal de Ibagué “deberá realizar un nuevo procedimiento a partir de la convocatoria efectuada”. Sobre el particular indicó la Sección, que “en otras palabras, a los concursantes ya inscritos deberán aplicárseles, nuevamente, las pruebas tanto objetivas, como subjetivas previstas en el concurso de méritos”.

13. Como consecuencia de lo anterior, el Concejo Municipal de Ibagué y la ESAP, suscribieron el Convenio Interadministrativo N° 478 del 4 de mayo de 2017<sup>17</sup>, con el objeto de aunar esfuerzos técnicos, administrativos y operativos para rehacer el concurso público y abierto de méritos para la elección del personero municipal, a partir de la convocatoria realizada mediante la Resolución N° 292 de 2015. Para tal efecto, la institución de educación superior se encargaría de llevar a cabo el

<sup>11</sup> Según se evidencia en las Resoluciones N° 003 del 6 de enero de 2016 y 007 del 8 de enero del mismo año de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Ibagué, que versan sobre el cronograma del concurso de méritos, visibles a folios 22-27 del cuaderno N° 1 y 500-502 del cuaderno N° 4 de pruebas.

<sup>12</sup> Según acta N° 009 del 10 de enero de 2016 del referido concejo, visible a folios 28-32 del cuaderno N° 1 del expediente.

<sup>13</sup> Folios 819-839 del cuaderno N° 6 de pruebas.

<sup>14</sup> Folios 840-882 del cuaderno N° 6 de pruebas.

<sup>15</sup> “ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio;”.

<sup>16</sup> Folios 981-985 del cuaderno N° 6 de pruebas.

<sup>17</sup> Visible a folios 40-46 del cuaderno N° 1.



proceso hasta la etapa de entrevista, a fin de que ésta se efectuara por la corporación de elección popular que realizaría la elección.

14. Luego de que la ESAP entregara los resultados de las pruebas a su cargo, el Concejo Municipal de Ibagué mediante la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017<sup>18</sup> dispuso su publicación, y además, estableció los pormenores a tener en cuenta para entrevistar a los aspirantes. Se destaca que en el artículo 4 del anterior acto administrativo se dispuso:

*"ARTÍCULO CUARTO. CÍTESE a los aspirantes al cargo de personero Municipal de Ibagué al Recinto de la Corporación para que se presenten en la fecha y hora establecida en el cronograma, el Secretario general del concejo después de leer la lista de resultado definitiva pondrá a consideración a los cabildantes para que procedan a la elección empezando por el mayor puntaje.*

***En caso de no ser elegido el primero de la lista, se someta a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta que se elija o agotar la lista si es necesario*** (destacado fuera de texto).

15. Asimismo, dicha resolución fijó para el 7 de noviembre de 2017, la fecha de citación a elección y nombramiento.

16. Como producto de las pruebas aplicadas por la ESAP, el análisis de los antecedentes de los concursantes y la entrevista realizada por el Concejo Municipal de Ibagué, éste el 3 de noviembre de 2017 profirió el resultado definitivo del concurso de méritos, que fue del siguiente tenor<sup>19</sup>:

CONCURSANTE	90%	10%	TOTAL
<b>Efraín Hincapié</b>	<b>69.88%</b>	<b>7%</b>	<b>77.19%</b>
<b>Camilo Ernesto Ossa</b>	<b>55.03%</b>	<b>8%</b>	<b>63.21%</b>
Yeisson René Sánchez	59.94%	2%	62.34%
José Ariel Sepúlveda Martínez	62.11%	NO ASISTIÓ	62.11%
Emilio Augusto Lagos	55.84%	5%	60.50%
Carlos Fernando Ramos Amaya	58.21%	NO ASISTIÓ	58.21%

<sup>18</sup> Folios 1066-1074 del cuaderno N° 7 de pruebas.

<sup>19</sup> Folio 77 del cuaderno N° 1.



Jorge Alejandro Lema Galeano	55.03%	NO ASISTIÓ	55.03%
------------------------------	--------	------------	--------

17. A través de la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué<sup>20</sup>, se modificó la Resolución N° 397 de 2017, en el sentido de establecer como nueva fecha para la citación a elección y nombramiento el 27 de noviembre de 2017. Sobre el particular justificó que existían “preocupaciones, dudas e incertidumbres jurídicas en torno a las presuntas inhabilidades e incompatibilidades y posibles conflicto de intereses de algunos aspirantes”, por lo que se estimó necesario solicitar algunos conceptos jurídicos sobre el particular, a fin de tomar la decisión correspondiente.

18. En relación con lo anterior, el Concejo Municipal de Ibagué de un lado, le solicitó a la ESAP que certificara el procedimiento de evaluación que se realizó del aspirante Efraín Hincapié González, y además, si el mismo intervino en la elaboración de las pruebas practicadas en el concurso de méritos, pues existían algunos cuestionamientos consistentes en que la institución de educación superior le asignó un alto puntaje debido a que el concursante es uno de sus docentes<sup>21</sup>. De otro, se elevaron consultas ante el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública<sup>22</sup>, para establecer si a la luz del artículo 174, literal a) de la Ley 136 de 1994, el artículo 95, numeral 2° de la misma ley y el artículo 272 constitucional, existía alguna circunstancia que impidiera la elección como personero municipal, de un concursante que para el momento de la inscripción y con anterioridad se desempeñó como Contralor Departamental del Tolima. Y además, si existe conflicto de intereses por el hecho de que un profesor catedrático de la ESAP, que es la institución de educación superior que intervino en el desarrollo del proceso de elección, se inscribió en éste.

19. Frente a la petición hecha a la ESAP, la misma dio cuenta de la evaluación realizada al señor Efraín Hincapié González dentro del concurso de méritos y certificó que no tuvo injerencia alguna en el mismo<sup>23</sup>.

20. El Ministerio del Interior mediante oficio el 23 de noviembre de 2017<sup>24</sup>, consideró necesario contar con mayor información relacionada con las funciones de las personas implicadas a fin de establecer si el aspirante ejerció jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en los términos del numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994. Por otra parte, respecto a la supuesta existencia de inhabilidad por el hecho de que un contralor departamental que cumplió sus funciones en el municipio de Ibagué, se inscribió en el concurso para

<sup>20</sup> Folios 78-81 del cuaderno N° 1.

<sup>21</sup> Folios 145 del cuaderno de medidas cautelares N° 2A.

<sup>22</sup> Folios 82-92 del cuaderno N° 1.

<sup>23</sup> Folios 146-154 del cuaderno de medidas cautelares N° 2A.

<sup>24</sup> Folios 90-92 del cuaderno N° 1.

ser personero de la entidad territorial antes señalada, indicó de manera muy general, que en principio de dicha circunstancia no se evidencia alguna inhabilidad, porque la imposibilidad de inscribirse bajo tales condiciones se predica frente a los cargos de elección popular, connotación que no tiene el empleo de personero. Empero, a renglón seguido aclaró que por la complejidad del asunto y la variedad de problemas jurídicos que se propusieron en la consulta, lo más conveniente era que ésta se elevara ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

21. Por su parte, el Departamento Administrativo de la Función Pública, en escrito del 27 de noviembre de 2017<sup>25</sup>, concluyó, sin perjuicio del análisis de la información específica del caso consultado, lo siguiente:

*“2. Un ex contralor departamental que se retiró del servicio no se encuentra inmerso en la causal de inhabilidad para ser elegido personero consagrada en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 que consiste en haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, toda vez que el empleo de contralor departamental no es un “cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio”.*

*3. Con respecto a la incompatibilidad de los contralores departamentales, distritales o municipales consagrada en el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política, la cual consiste en no desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio sino un año después de su retiro, se considera que dicha incompatibilidad no se extiende a la inscripción en un concurso público de méritos, la norma restringe la posibilidad de desempeñar un cargo, que se concreta con el nombramiento y la posesión, y la de inscribirse como candidato a cargos de elección popular de los que están definidos en la Constitución y la ley.*

*4. Frente a la incompatibilidad de los contralores departamentales, distritales o municipales consagrada en el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política para ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular durante el año siguiente a su retiro, se considera que bajo el entendido que el empleo de personero no es de elección popular sino de elección por parte del Concejo Municipal o Distrital, no aplica dicha incompatibilidad.*

*Con respecto a su segundo interrogante, sobre si existe algún conflicto de intereses para que un contratista de una entidad pública participe en un concurso de méritos para la elección de un personero municipal, teniendo en cuenta que la respectiva entidad donde labora es la que adelanta las pruebas de dicho concurso, me permito informarle que el conflicto de intereses es una figura jurídica en virtud de la cual los servidores públicos tienen un interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo alguno de sus parientes, afectando la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.”.*

<sup>25</sup> Folios 82-89 del cuaderno N° 1.



22. El 9 de marzo de 2018, según se aprecia en el acta N° 034<sup>26</sup>, el Concejo Municipal de Ibagué, con 8 votos a favor y 7 en contra<sup>27</sup>, eligió al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como personero municipal, al considerar por mayoría, que no podía elegirse como tal a la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, y por ende que debía optarse por quien obtuvo el segundo mejor puntaje en el concurso de méritos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 4° de la Resolución N° 397 de 2017 de la misma corporación de elección popular<sup>28</sup>. Adicionalmente, se puso de presente que existía un fallo de tutela del Tribunal Administrativo del Tolima, en el que se indicó que la referida elección no podía dilatarse.

23. Según la mencionada acta, antes de la anterior elección, la discusión giró en torno a la presunta existencia de situaciones de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses que impedía elegir al señor Efraín Hincapié González, a pesar de que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, debido a que para el momento de la inscripción y con anterioridad se desempeñó como Contralor Departamental del Tolima, en presunto desconocimiento del artículo 174, literal a) de la Ley 136 de 1994, el artículo 95, numeral 2° de la misma ley y el artículo 272 constitucional; y porque supuestamente se presentó un conflicto de intereses, en la medida que dicho aspirante era profesor de cátedra de la ESAP, esto es, la institución que intervino en el desarrollo del proceso de selección y que le asignó un puntaje tan alto que condicionó el proceso de elección.

#### **1.4. Normas violadas y concepto de violación**

24. El señor Efraín Hincapié González estimó que los actos cuya nulidad solicita son contrarios a la Constitución y la ley por lo siguiente:

##### **1.4.1. Primer cargo: Violación directa de la Constitución y la ley.**

25. Luego de destacar que de conformidad con el artículo 126 constitucional (modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2015) la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por ley, y que en el caso de los personeros su elección se encuentra reglada en el Decreto 2485 de 2014, compilado por el Decreto 1083 de 2015, los cuales establecen (artículos 4° y 2.2.27.4 respectivamente) que las vacantes deben suplirse a partir de las listas de elegibles correspondiente en estricto orden de mérito, sostuvo que la elección del señor Camilo Ernesto Ossa está viciada de nulidad, en tanto no fue el concursante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles conformada para la elección de Personero Municipal de Ibagué.

<sup>26</sup> Folios 217-264 del cuaderno N° 1.

<sup>27</sup> Para el momento de la votación 3 concejales no contestaron el llamado que se les hizo y uno se abstuvo de votar.

<sup>28</sup> Ver numeral 13 de esta providencia.



26. Agregó que por la misma circunstancia también se infringió directamente el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que estableció la elección de personeros municipales o distritales previo concurso de méritos.

27. Argumentó que la decisión cuya nulidad se solicita es abiertamente contraria a las normas antes señaladas y al acceso a los cargos públicos en virtud del principio del mérito, que cuenta con un amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional, que ha precisado que la regla general constituye el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, y la excepción cuando no se sigue tal criterio bajo una carga argumentativa muy exigente<sup>29</sup>.

28. De otra parte, a partir del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014, compilado por el Decreto 1083 de 2015 y jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>30</sup> y el Consejo de Estado<sup>31</sup>, realizó algunas consideraciones sobre el carácter vinculante de la convocatoria pública como la norma reguladora de todo el concurso, que obliga a la administración, a las entidades y a los participantes, y su estrecha relación con la garantía de los principios de publicidad, transparencia, buena fe, confianza legítima, debido proceso e igualdad, a fin de destacar que el Concejo Municipal de Ibagué “mediante la Resolución número 397 del 25 de octubre de 2017, al establecer que “En caso de no ser elegido el primero de la lista, se somete (sic) a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta que se elija o agotar la lista si es necesario”, alteró el contenido de las reglas del concurso de méritos y los enunciados normativos de los Decretos 2485 de 2014 y 1083 de 2015”.

29. Lo anterior, porque mientras la convocatoria y los decretos antes señalados prevén que se elegirá al personero municipal haciendo uso de la lista de elegibles en estricto orden de mérito, la mencionada resolución en el inciso 2º del artículo 4º permitió el desconocimiento de dicho criterio de selección, el cual destacó, fue modificado de manera intempestiva e injustificada cuando el concurso había avanzado en un 90%, a su juicio, con el fin de permitir la elección de alguien distinto a quien ocupó el primer lugar, lo que en efecto ocurrió en abierta vulneración de los principios arriba referidos, en especial la confianza legítima, pues los participantes tenían la expectativa que el proceso finalizara con fundamento en las reglas inicialmente previstas.

#### **1.4.2. Segundo cargo:** Expedición irregular del acto acusado.

30. Indicó que la modificación de las reglas del concurso de méritos que fue introducida mediante el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017<sup>32</sup>, cuando aquél se encontraba en su etapa final, también

<sup>29</sup> Hizo especial referencia a las sentencias SU-086 de 1999 y T-451 de 2001 de la Corte Constitucional.

<sup>30</sup> Citó entre otros fallos, los siguientes: C-040 de 1995, T-256 de 1995, C-588 de 2009, C-249 de 2012, SU-913 de 2009 y SU-446 de 2011.

<sup>31</sup> 1) Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia del 17 de julio de 2008, Rad. 25000-23-16-000-2008-00448-01. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 12 de septiembre de 2013, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 25000-23-31-000-2011-00775-02.

<sup>32</sup> Ver numeral 13 de esta providencia.



permite predicar que el acto de acusado se expidió de manera irregular, pues dicho cambio permitió la elección del señor Camilo Ernesto Ossa a pesar de que no ocupó el primer lugar del proceso correspondiente.

#### **1.4.3. Tercer cargo:** Desviación de poder.

31. Después de exponer en qué consiste esta causal de nulidad de los actos administrativos, arguyó que “*(e)l actuar del Concejo de Ibagué al expedir la Resolución 397 del 25 de octubre de 2017, concretamente el inciso 2º del artículo 4º, y al elegir a la persona que no ocupó el primer puesto al no haber obtenido el mayor puntaje en el concurso de méritos, no dejan la mas (sic) mínima duda que al expedir los citado (sic) actos que aquí se acusan, no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para obtener como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la ley*”.

#### **1.4.4. Cuarto Cargo:** Desconocimiento del principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y violación del debido proceso, trabajo, acceso a cargos público y confianza legítima.

32. Insistió que al no elegírsese como Personero del Municipio de Ibagué, pese a que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, se vulneran los principios y derechos antes señalados, respecto de los cuales trajo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional<sup>33</sup>.

### **1.5. Admisión de la demanda y resolución de la medida cautelar**

33. A través de auto del 10 de abril de 2018<sup>34</sup>, el Tribunal Administrativo del Tolima le ordenó a la parte demandante **corregir la demanda**, en atención a que en ésta se acumularon súplicas relativas al medio de control de nulidad electoral con otras propias del de nulidad y restablecimiento del derecho.

34. Lo anterior, en atención a que el peticionario inicialmente solicitó como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 7 de noviembre de 2017, fecha en la que estimó debió ser elegido como Personero Municipal de Ibagué<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Sentencias T-610 de 2017, T-051 de 2016, C-593 de 2014, T-090 de 2013, SU-339 de 2011 y T-956 de 2011.

<sup>34</sup> Folio 196 del cuaderno N° 1.

<sup>35</sup> Folios 147-150 del cuaderno N° 1.



35. En atención al mencionado requerimiento, el actor **corrigió la demanda** formulando como pretensiones las descritas en el acápite 1.2 de esta providencia<sup>36</sup>.

36. Mediante auto 5 de junio de 2018<sup>37</sup>, el Tribunal Administrativo del Tolima **admitió la demanda** únicamente respecto a la nulidad del acto de elección del señor Ossa Bocanegra como Personero Municipal del Tolima, en atención a que las Resoluciones N° 397 del 25 de octubre de 2017 y 415 del 3 de noviembre del mismo año del concejo municipal, constituyen actos preparatorios de la elección, y por ende no son susceptibles de control. En tal sentido indicó que la demanda **no se admitiría** respecto de las pretensiones consistentes en declarar la nulidad o inaplicar las anteriores disposiciones<sup>38</sup>, aunque precisó que los mismos serían objeto de control al estudiar el acto definitivo.

37. De otra parte, en la misma providencia **negó la medida cautelar solicitada** de suspensión provisional de la elección controvertida, al considerar que *prima facie* no se advertía que ésta fuera contraria al ordenamiento jurídico, decisión que en sede de apelación fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante auto del 27 de septiembre de 2018<sup>39</sup>.

38. En la anterior providencia se indicó que a pesar que el demandante corrigió el libelo introductorio en el sentido de excluir de las pretensiones lo relativo al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que estima debió ser elegido como personero, en tanto tal petición corresponde a una solicitud propia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, mantuvo como petición que se le ordenara al Concejo Municipal de Ibagué, elegir a quien obtuvo la puntuación más alta en el concurso de méritos, por lo que permaneció una petición de carácter resarcitorio, respecto de la cual el juez de primera instancia podría adoptar las medidas pertinentes, pero en todo caso no constituía impedimento para la continuidad del trámite de la referencia<sup>40</sup>.

## 1.6. Fallo de primera instancia

39. En el asunto de la referencia, el Tribunal Administrativo del Tolima mediante sentencia del 28 de marzo de 2019<sup>41</sup> resolvió:

- Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demanda.

<sup>36</sup> Folios 199-202 del cuaderno N° 1.

<sup>37</sup> Folios 284-292 del cuaderno N° 1.

<sup>38</sup> Folio 285 del cuaderno N° 1.

<sup>39</sup> Folios 362-381 del cuaderno N° 2 de medidas cautelares.

<sup>40</sup> Sobre este aspecto se presentó un salvamento y una aclaración de voto, bajo el argumento que la presente controversia debió tramitarse bajo la cuerda procesal del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

<sup>41</sup> Folios 1281-1313 del cuaderno N° 5.



- ii) Declarar la nulidad del acto de elección del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como Personero Municipal de Ibagué.
- iii) Ordenó retrotraer el “*concurso público abierto de méritos desde la etapa de elección, inclusive, del Personero Municipal de Ibagué, para lo cual, el Concejo Municipal de Ibagué, efectuará la elección para ocupar el empleo de Personero Municipal, por el periodo que finaliza el último día de febrero de 2020, conforme a la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué, el 3 de noviembre de 2017, atendiendo el principio y criterio de méritos*”.
- iv) Se **inhibió** para pronunciarse sobre la legalidad del inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017 y la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué, esta última en lo que corresponde “*a la etapa de citación, elección y nombramiento*”.
- (v) En su lugar, **inaplicó** las disposiciones antes señaladas.
- vi) Compulsó “*copias de la sesión plenaria en la que se eludió el cumplimiento de la normatividad que rige la materia de elección de personeros municipales para que, eventualmente y si a ello hubiere lugar, la Procuraduría General de la Nación adelante, salvo mejor criterio, el correspondiente averiguatorio disciplinario contra los Concejales municipales de Ibagué que desatendieron la Ley*”.

40. Lo anterior por las razones que a continuación se sintetizan:

41. Aclaró respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por activa que propuso el Concejo Municipal, que el medio de control de nulidad electoral puede ser interpuesto por cualquier persona, “*independientemente de que haya sido aspirante al cargo de Personero de la Municipalidad, y, más estrictamente, independientemente de haber ocupado el primer lugar en el concurso de méritos abierto para proveer el cargo que hoy se censura puesto que evidentemente desde un principio esta acción solo tiene un contenido de juicio abstracto de legalidad, alejado, desde el auto inadmisible de la demanda, de cualquier pretensión de restablecimiento del derecho*”. Esto último, debido a que en la anterior providencia (el auto que inadmitió la demanda) se estimó que el actor no podía pretender el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir como consecuencia de la anulación de la decisión censurada.

42. Seguidamente relacionó los principales documentos probatorios que conforman el expediente, destacando lo atinente a la Resolución N° 292 del 13 de noviembre de 2015 que convocó al concurso público de méritos para la elección del personero para el periodo 2016-2020, la anulación de la elección del señor Julián Andrés Prada Betancourt, el reinicio del concurso de méritos, el desempeño de los concursantes, los cuestionamientos realizados a la aspiración de Efraín Hincapié y los pormenores de la elección controvertida.

43. Del análisis de la discusión que tuvo lugar en el Concejo Municipal de Ibagué, el Tribunal concluyó que no había certeza por parte los concejales, sino dudas sobre las presuntas situaciones de inelegibilidad del señor Efraín Hincapié, y además, que quienes votaron para que no se eligiera al mismo, realmente estuvieron motivados e invocaron como razón principal, la posible responsabilidad disciplinaria en la que incurrierían si avalaban a la persona que obtuvo el puntaje más alto en el concurso de méritos, teniendo en cuenta como antecedente, el trámite que estaba adelantando la Procuraduría General de la Nación contra algunos concejales, por la elección del señor Julián Andrés Prada Betancourt como Personero de Ibagué, a pesar de que se encontraba inhabilitado. En palabras del *A quo*:

*“Así las cosas, no están llamadas a prosperar las alegaciones de los demandados- Concejo Municipal de Ibagué y Camilo Ernesto Ossa Bocanegra- en razón a que el acto eleccionario no discurrió precisamente sobre la existencia de inhabilidades del primero de la lista de elegibles conforme a la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué, el 3 de noviembre de 2017, atendiendo el principio y criterio de méritos. Por el contrario la decisión se adoptó por mayoría del órgano electoral por temor a una eventual sanción disciplinaria (...).”*

44. Agregó que en el trámite de la discusión sobre la situación del señor Hincapié, tampoco *“se adelantó proceso previo para la descalificación del primero de la lista y se violaron los derechos defensa, debido proceso y formas propias del juicio del candidato que ocupó el primer lugar de la lista de elegibles”*.

45. En estrecha relación con los argumentos antes expuestos, realizó algunas consideraciones sobre el cambio de paradigma que significó que la Ley 1551 de 2012 (art. 35) estableciera que la elección de los personeros municipales estaría precedida de un concurso público de méritos, para lo cual trajo a colación algunos pronunciamientos del Consejo de Estado<sup>42</sup> y de la Corte Constitucional<sup>43</sup>, a fin de subrayar el carácter vinculante de la lista de elegibles que se conforme para tal

<sup>42</sup> Entre los cuales destacó el siguiente: Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 28 de julio de 2016, Rad. 27001-23-33-000-2016-00018-01, M.P. Rocío Araújo Oñate.

<sup>43</sup> Hizo referencia a las sentencias de la Corte Constitucional C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chauljub; T-329 de 2009, Jorge Ignacio Pretelt Chauljub; T-715 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-312 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y T-1009 de 2010, M.P. María Victoria Calle.

efecto, y por ende, que la vacante respectiva está llamada a proveerse con quien ocupó el primer lugar, pues “*en definitiva, el concurso público de méritos es el mecanismo general de vinculación al sector público, incluso respecto de los cargos que no son de carrera, con excepción de quienes son elegidos a través del sufragio*”.

46. Concretó que las anteriores circunstancias dan cuenta de la violación del artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que estableció la elección de los personeros municipales en virtud de concurso público de méritos.

47. En cuanto a las razones que invocó la parte demandada para justificar por qué no se eligió al demandante, sostuvo que “*el año inhabilitante de la designación del señor Efraín Hincapié González empezó a correr del 9 de marzo de 2017 hasta el día mismo de la producción del acto demandado; por lo tanto cualquier discusión alrededor del tema de las inhabilidades de quien ocupó el primer renglón de la lista de elegible resulta inane para el propósito elector del Personero municipal de Ibagué que completaría el periodo constitucional 2016-2020. En esa perspectiva, ni la actuación de Efraín Hincapié González que desarrolló como Contralor Departamental del Tolima produce la predicada inhabilidad que en los cargos se formuló como inexistente<sup>44</sup>, ni el tiempo que desarrolló su función lo inhabilitaban el 9 de marzo de 2018 para su eventual elección*”.

48. Respecto al hecho consistente en que el señor Efraín Hincapié fue contratista de la ESAP, la institución educativa que adelantó el 90% del proceso de selección, el Tribunal consideró que en manera alguna revela una situación inhabilitante para que el mismo fuera elegido personero, pues aquél en virtud de tales contratos ejerció la labor de cátedra en la ciudad de Bogotá, no en Ibagué, además, tal vinculación ni siquiera fue debatida por el Concejo Municipal para descalificar la correspondiente candidatura, y en todo caso, las situaciones alegadas están por fuera del periodo inhabilitante.

49. En lo atinente al inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017 y la Resolución N° 415 del 03 de noviembre de 2017, arguyó que “*no son actos demandables a través del medio de control de nulidad electoral –son*

<sup>44</sup> Providencia de fecha 22 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, radicado bajo el N° 73001-23-33-006-2016-00323-00, con ponencia del Magistrado JOSÉ ALETH RUÍZ CASTRO, dentro del conflicto de competencias suscitado entre la Contraloría Departamental del Tolima y la Contraloría Municipal de Ibagué, en la que se definió que la segunda instancia para los procesos de responsabilidad fiscal iniciados por el Director de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Ibagué, debían ser resueltos por el ente de control fiscal municipal (fls. 1075 a 1086).

Auto de fecha 8 de septiembre del 2015, proferido dentro el proceso de responsabilidad fiscal N° 112-0842-013, adelantado ante la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado -IBAL-, por el señor Efraín Hincapié González, con base en sus competencias como Contralor Departamental del Tolima, para el periodo comprendido entre el 13 de enero 2012 hasta el 12 de enero del año 2016, esto es, algo más de dos años antes de realizarse la elección de Personero Municipal de Ibagué (fls. 1121 a 1132 y 1139 A 1150).



eventualmente susceptibles de otro medio de control-, *ii. no son los actos administrativos que declararon la elección, pues son actos de trámite, y por eso, tampoco son demandables*”, razones por las cuales se inhibió de pronunciarse sobre la legalidad de los mismos.

50. No obstante lo anterior, consideró que sí había lugar a inaplicar las disposiciones antes señaladas por desconocimiento de mandatos superiores. Para tal efecto en extenso realizó consideraciones **generales** sobre la elección de los personeros en virtud de un concurso de méritos, las responsabilidades de los servidores públicos de conformidad con los artículos 6, 122 y 123 de la Constitución Política y la supremacía de la misma, para finalmente concluir que las mencionadas disposiciones contrarían “*la concepción constitucional, legal y jurisprudencial sobre el significado de los concursos de méritos (...) claramente fueron adoptados en contravía del contenido óntico, axiológico y teleológico del contexto que debe guiar la elección de los Personeros Municipales*, esto es, *i. con arreglo a los concursos de méritos –artículo 35 de la Ley 1551-, ii. al Reglamento nacional que sobre la materia rige esta clase de actuaciones oficiales –Decreto 1083 de 2015-, y iii. a la interpretación que con anterioridad, desarrolló la Guardiana de la Carta - mediante las **Sentencias C-105 de 2013**, C-181 de 2010, T-329 de 2009, T-715 de 2009, C-312 de 2003, T-1009 de 2010-*.”

## 1.7. Recursos de apelación

### 1.7.1. Del Concejo Municipal de Ibagué<sup>45</sup>

51. Indicó que contrario a lo sostenido por el juez de primera instancia, la decisión de no elegir al señor Efraín Hincapié como Personero Municipal no obedeció al temor de una sanción disciplinaria o la duda sobre las circunstancias de inelegibilidad del mismo, pues los concejales que no apoyaron tal elección “*plasmaron de manera clara y verídica cual (sic) era las presuntas inhabilidades que investían al señor Efraín González, es más, no fue una decisión de manera caprichosa*”, pues en el transcurso del proceso se realizaron consultas al Ministerio del Interior y al Departamento Administrativo de la Función Pública, que estima no fueron resueltas, e incluso, que por su complejidad se remitieron a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, “*sin que a la fecha (4 de abril de 2019) se conozca respuesta alguna por parte de esa alta corporación judicial*”.

52. Reprochó que el tribunal administrativo no profundizara en las razones expuestas durante todo el proceso judicial, relativas a las circunstancias de hecho y derecho por las que se consideró que el señor Hincapié no podía ser elegido

<sup>45</sup> Folios 1371-1377 del cuaderno N° 5.

personero municipal, entre las cuales destaca las atinentes a que el criterio temporal de las inhabilidades debe contabilizarse desde el momento en que el aspirante se inscribió al concurso de méritos.

53. Por lo tanto, insistió en que el demandante estaba inhabilitado para concursar por el cargo de Personero Municipal de Ibagué, debido a que al momento de inscribirse al concurso ostentaba el cargo de Contralor Departamental del Tolima, y por ende ejerció autoridad administrativa en el municipio de Ibagué y además fue contratista de la entidad que efectuó las pruebas de conocimiento en el proceso de selección, lo que a su juicio devino en un conflicto de intereses.

54. En cuanto a la primera situación señaló que de conformidad con literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, no podrá ser elegido personero quien esté incursa en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, y por lo tanto debe acudirse al artículo 95 de la misma ley, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que en su numeral 2º consagra como inhabilidad para los burgomaestres, “*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*”.

55. Sobre dicha causal destacó, que si bien señala que el periodo inhabilitante es desde los 12 meses anteriores a la elección, también lo es que se ha entendido que dicha circunstancia no debe existir al momento en que una persona se inscribe al proceso para ser elegido en un cargo, pues en dicho momento declara bajo la gravedad del juramento que no se encuentra inhabilitado para tal efecto, como entendió el Consejo de Estado en la providencia dictada por la Sala Electoral el 9 de junio de 2005<sup>46</sup>, que aunque fue proferida respecto de un caso de elección popular, estima es aplicable a las elecciones del personero y el contralor municipal, pues en ambos eventos con dicha interpretación se procura la aplicación y garantía de los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad en la administración pública e igualdad entre los aspirantes.

56. Destacó que el señor Efraín Hincapié González en su calidad de Contralor Departamental del Tolima, resolvió un recurso de alzada el 8 de septiembre de 2015, sobre una solicitud de nulidad dentro de un proceso de responsabilidad fiscal adelantado por la Contraloría Municipal de Ibagué contra la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado –IBAL-, con lo cual resultó evidente que ejerció “*autoridad administrativa en la fecha de la inscripción a la convocatoria para concurso abierto de méritos de elección de personero municipal de Ibagué, hecha en el mes de noviembre de 2015*”, por lo que no podía ser elegido para el cargo de personero de Ibagué a pesar de haber obtenido el puntaje más alto en el concurso respectivo.

<sup>46</sup> Citó la siguiente providencia: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 9 de junio de 2005, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Rad, 23001-31-000-2003-02108-01 (3600).

57. En cuanto a la segunda situación por la que no fue elegido el demandante, subrayó que el concejo advirtió que la ESAP y el actor suscribieron contratos de servicios profesionales, y que dicha entidad fue la encargada de adelantar el 90% del concurso de méritos, por lo que incidió en la elección del actor debido al alto puntaje que le asignó.

58. Agregó que generó bastante desconfianza que un aspirante hubiese trabajado para la institución que llevó a cabo el concurso de méritos, y además, que el mismo en el primer examen que presentó, cuando en su momento resultó elegido el señor Julián Prada, no ocupara los primeros puntajes, pero en la segunda prueba aplicada después de la anulación de la anterior elección, “arrasó a los demás aspirantes sacado el mayor puntaje”.

59. Añadió, que a diferencia de la ESAP, el concejo municipal tenía la obligación de verificar que respecto de los aspirantes no existiera alguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés, que precisamente fue lo que procedió a establecer frente al actor como el primero de la lista de elegibles.

60. Subrayó que el concejo municipal en sesión del 9 de marzo de 2018, procedió a votar la exclusión del primero de la lista, bajo la razonada y objetiva evidencia que cada concejal tenía a disposición y fundamentando su decisión en las inhabilidades, conflicto de intereses y la vulneración de las normas del concurso por parte del aspirante a personero municipal, teniendo incluso como antecedente lo decidido por el Consejo de Estado frente a la elección del anterior personero el señor Julián Andrés Prada Betancourt y la investigación adelantada por dicha circunstancia por la Procuraduría General de la Nación.

61. En ese orden agregó que “es factible indicar que era predecible por parte de los cabildantes citar la angustia que les generaba el elegir como personero municipal a una persona que probablemente está inmersa en causal de inhabilidad, más cuando también existe la ambigüedad de si los Miembros de las Corporaciones Públicas de Elección Popular tienen la facultad de declarar inhabilidades e incompatibilidades, situación que de manera imperante llevo (sic) a que en los discursos se citara el multicitado temor por otra sanción disciplinaria”.

62. Por otra parte, arguyó que el juez de primera instancia al ordenar en el numeral tercero de la providencia impugnada que el concurso de méritos debía retrotraerse para que se efectuara la elección correspondiente con fundamento en la lista de elegibles, terminó accediendo a la pretensión resarcitoria del demandante, lo que implica desatender lo dispuesto por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el auto del 27 de septiembre de 2018 (que resolvió la apelación contra el auto que negó la medida cautelar), según la cual dicha petición que el A quo permitió que se mantuviera, no es susceptible de análisis a través del medio de control de nulidad electoral, lo que no constituye un impedimento para que el asunto se decida de fondo, pues existen alternativas en garantía del

derecho de acceso a la administración de justicia, como declarar frente a la misma la ineptitud de la demanda o declararse inhibido frente al estudio de dicho tópico.

### 1.7.2. Del personero demandado, Camilo Ernesto Ossa Bocanegra<sup>47</sup>

63. Afirmó que el juez de primera instancia pese a las advertencias que le fueron realizadas, inclusive por la Sección Quinta Consejo de Estado en el auto del 27 de septiembre de 2018, de no permitir que a través del medio de control de nulidad electoral se tramitara un asunto propio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, no tomó las medidas pertinentes al admitir la demanda y en la audiencia inicial, para excluir las pretensiones dirigidas a ordenar que se eligiera a quien obtuvo el mayor puntaje en la lista de elegibles, que no es otro que el demandante, aún más, que finalmente accedió a dicha petición.

64. En tal sentido destacó por un lado las diferencias entre los medios de control antes señalados y varios apartes del auto del 27 de septiembre de 2018 y de la aclaración y el salvamento de voto que sobre el mismo se efectuaron, a fin de subrayar que la parte demandante persiguió el restablecimiento de un derecho subjetivo a través de un mecanismo que no es idóneo para tal efecto, y que el juez de primera instancia permitió dicha situación al admitir la demanda, darle trámite y decidirla como si estuviera en sede de nulidad y restablecimiento del derecho.

65. Agregó que evidencia de lo anterior también es que el *A quo dejó incólume la pretensión relativa a declarar la nulidad de la Resolución N° 397 de 2017, que dispone que “en caso de no ser elegido el primero de la lista, se someta a consideración el que sigue y así sucesivamente hasta que se elija o agotar la lista si es necesaria”, y de la Resolución N° 415 de 2017, a través de la cual se modificó el cronograma del concurso de méritos para verificar la existencia de situaciones de inelegibilidad, a pesar que con la referida solicitud persigue el restablecimiento de sus derechos.*

66. Subrayó que durante el curso de la audiencia inicial le puso de presente al Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Tolima las anteriores razones, quien desatendió las mismas argumentando que las aclaraciones y salvamentos de votos (haciendo referencia a los que se presentaron frente al referido auto del 27 de septiembre de 2018), “*no son razón para modificar las decisiones judiciales, no comportan la revocatoria de decisiones de instancia*”.

67. Añadió que el indebido trámite de la presente controversia también quedó en evidencia en la sentencia, que por una parte respecto del inciso 2º del artículo 4º

<sup>47</sup> Folios 1321-1370 del cuaderno N° 5.



de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué, se inhibió para pronunciarse sobre su legalidad, debido que son actos de trámite y por ende no demandables, pero a la vez de manera incongruente, concluyó que los mismos se deben inaplicar porque son contrarios al ordenamiento jurídico.

68. Otra de las situaciones que señaló dan cuenta de que en el presente asunto se hizo un análisis propio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, fue que se incluyera al Concejo Municipal de Ibagué como litisconsorte necesario de la parte pasiva, circunstancia que no es propia de la nulidad electoral, en la que el demandado en estricto sentido es el elegido, pues quien expidió el acto de elección solo es un tercero interesado. Además, que el punto central del estudio recayó en la situación del señor Efraín Hincapié, aunque el elegido fue el ciudadano Camilo Ossa Bocanegra, respecto de quien desde la perspectiva de la nulidad electoral, debió enfocarse el análisis, a fin de establecer si reúne los requisitos y calidades para el cargo.

69. No obstante la anterior precisión, reprochó que el fallo de primera instancia no analizara las razones y pruebas expuestas durante el proceso, que llevaron al Concejo Municipal de Ibagué a no elegir al señor Efraín Hincapié como Personero de Ibagué, las cuales se sintetizan así:

(i) Dicho ciudadano estaría en una presunta inhabilidad para ocupar el cargo de Personero Municipal de Ibagué, por haber sido Contralor Departamental del Tolima durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la inscripción para concursar por aquél, y además, porque como contralor ejerció autoridad administrativa antes de la fecha de la elección programada para personero en los primeros días del mes de enero de 2016.

(ii) Existe incompatibilidad o causal de inelegibilidad del señor Efraín Hincapié para ocupar cargos públicos en el departamento o municipio en el que fue nombrado contralor, de conformidad con el artículo 272 de la Constitución.

(iii) Existió un conflicto de intereses por parte de la ESAP, en tanto terminó asignándole un puntaje tan alto al demandante, que dentro del año anterior al concurso y para el momento en que se presentó la prueba de conocimiento fue su contratista, que prácticamente conllevó a que el mismo ocupara el primer lugar en la lista de elegibles, dado que la valoración de dicha institución de educación implica el 90 % de la calificación, circunstancia que fue considerada sospechosa por el Concejo Municipal de Ibagué, en atención a que podría atentar contra la igualdad e imparcialidad que se predica de los procesos de selección.



70. Para tal efecto, expuso argumentos similares a los desarrollados por el Concejo Municipal durante el presente trámite, verbigracia, la posibilidad de aplicar al caso de autos la causal de inhabilidad de que trata el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

71. Asimismo, subrayó que no se tuvieron en cuenta las pruebas relativas a la intervención del señor Efraín Hincapié como Contralor Departamental del Tolima, en asuntos de responsabilidad fiscal relacionados con el Municipio de Ibagué (en especial la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado), y que tampoco se decretaron las tendientes a demostrar que en ejercicio del empleo antes señalado dicho ciudadano fungió como ordenador del gasto. Esto debido a que en la audiencia inicial el Magistrado Ponente no atendió las peticiones específicas para acreditar las referidas circunstancias.

72. También, destacó que en la audiencia inicial de oficio se decretaron algunas pruebas, por lo que el apoderado del personero municipal en la oportunidad de que trata el inciso final del artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, solicitó que se oficiara a la Secretaría de Hacienda Departamental del Tolima, para que allegara los convenios interadministrativos, junto con los certificados de disponibilidad presupuestal y los documentos que acreditan el desembolso de dineros del erario público que se hayan aprobado y entregado a cualquier entidad del orden municipal de Ibagué para los años 2014 o 2015, en tanto dicha situación está relacionada con un desfalco al erario público para la realización de los XX Juegos Nacionales celebrados en el 2015 en la ciudad de Ibagué, respecto de la cual el demandado ejerció control fiscal, prueba que no se decretó pese a su relevancia para el proceso.

73. Argumentó que no puede perderse de vista que si bien el Concejo Municipal de Ibagué tiene el deber de verificar que los candidatos a personero no estén incurso en situaciones de inhabilidad, tal juicio lo llevó a cabo a partir de pruebas sumarias, como las que se tuvieron en cuenta frente al análisis de la situación del señor Efraín Hincapié, pues tal corporación no es de naturaleza judicial como para emprender el estudio que llevarían a cabo las autoridades jurisdiccionales.

74. Sobre dicho deber destacó que el Tribunal Administrativo del Tolima en sentencia de tutela del 2 de febrero de 2018 señaló que le era imperativo a dicha corporación asumir el estudio de las inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses de los aspirantes a personero, además, que debe tenerse en cuenta que según el artículo 48, numeral 17 del Código Disciplinario Único, constituye falta gravísima elegir a una persona que no reúne los requisitos para el cargo al que aspira, es más, que por dicha razón el mismo Tribunal declaró la nulidad de la elección del señor Julián Prada como personero de Ibagué al hallarse incurso en



una causal de inhabilidad, y que por la misma circunstancia la Procuraduría General de la Nación en primera instancia sancionó a los concejales que respaldaron con su voto tal elección. Lo expuesto para concluir que “*el Concejo Municipal no es que haya actuado por miedo a una sanción disciplinaria sino porque existían los fundamentos legales y jurisprudenciales precisos, para actuar diligentemente y conforme a la Constitución y a la Ley*”.

### **1.8. Alegatos de conclusión en segunda instancia**

75. A través de auto del 26 de abril del 2019<sup>48</sup> se admitieron las apelaciones antes descritas y se otorgó a las partes y al Ministerio Público la oportunidad legalmente prevista para alegar de conclusión y rendir concepto, respectivamente, de la cual sólo hizo uso el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra mediante escrito radicado el 14 de mayo de 2019<sup>49</sup>, en el que de un lado reiteró los argumentos expuestos al interponer el recurso de alzada contra el fallo de primera instancia, y de otro, solicitó la nulidad de éste, porque el Magistrado Ponente no dispuso la celebración de la audiencia de alegatos y juzgamiento sino que aquéllos se presentaran por escrito, y porque tuvo lugar un cambio en la conformación de la Sala del Tribunal que dictó la sentencia, respecto de 2 magistrados que a su juicio debieron comparecer a dicha audiencia.

76. La referida solicitud de nulidad de conformidad con el artículo 284 de la Ley 1437 de 2011 fue rechazada de plano por extemporánea a través de auto del 27 de junio de 2019<sup>50</sup>, en atención a que el demandado pudo solicitar la apertura del correspondiente incidente de nulidad, luego de que se negara la celebración de la mencionada audiencia, después de que se le notificara el fallo de primera instancia, al impugnar el mismo, e inclusive, en el trámite de concesión y admisión del recurso de alzada, pero no lo hizo, en tanto esperó hasta los alegatos de conclusión de segunda instancia para poner de presente tal situación.

## **II. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Problemas jurídicos**

77. Teniendo en cuenta el fallo de primera instancia y los recursos de apelación interpuestos, el litigio se centrará en determinar:

(i) ¿Si el Concejo Municipal de Ibagué de manera fundada y acorde con el ordenamiento jurídico, estimó respecto del señor Efraín Hincapié González,

<sup>48</sup> Folios 1393-1394 del cuaderno N°5.

<sup>49</sup> Folios 1408-1423 del cuaderno N° 5.

<sup>50</sup> Folios 1426-1428 del cuaderno N° 5.

que existían circunstancias que impedían su elección como Personero de Ibagué, a pesar de que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, y por ende, que en su lugar debía elegirse al segundo de dicha lista, el candidato Camilo Ernesto Ossa Bocanegra?

(ii) ¿Resulta procedente el análisis planteado por el juez de primera instancia respecto del inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué, en tanto a la vez que se inhibió para pronunciarse sobre los mismos, los inaplicó por considerarlos contrarios al ordenamiento jurídico?

78. Antes de entrar al análisis del fondo del asunto, se estima pertinente abordar el motivo de inconformidad planteado por la parte demandada, atinente a la presunta falta de idoneidad del medio de control que ejerció el actor para estudiar la validez de la elección controvertida, y por consiguiente, que no es posible dictar en esta oportunidad la decisión que le ponga fin al debate.

79. Sobre el particular en primer lugar se observa que la inconformidad planteada corresponde a la excepción de inepta demanda, que por excelencia está llamada a proponerse al contestar ésta (art. 100.5 del Código General del Proceso), de manera tal que la misma debió formularse por el Concejo Municipal de Ibagué en el traslado correspondiente pero no lo hizo, y además se tiene conforme lo determinó el juez de primera instancia antes y durante la audiencia inicial, que el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra se opuso extemporáneamente al libelo introductorio<sup>51</sup>, por lo que esta carga procesal no fue desarrollada dentro de los límites que ley señaló y por ello no le es dable trasladar sus cargas al juez competente (art. 103.4 de la Ley 1437 de 2011).

80. También se evidencia que el apoderado del personero cuya elección se controvierte, durante la audiencia inicial alegó que el presente asunto debió tramitarse por el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, petición que fue negada por el Magistrado Ponente al resolver el recurso de reposición presentado en la audiencia contra la decisión de continuar el

<sup>51</sup> Mediante auto del 21 de agosto de 2018 el Tribunal Administrativo del Tolima (Folio 513-516 del cuaderno N° 2) fijó como fecha para la celebración de la audiencia inicial el 29 de agosto del mismo año, dejando constancia que el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, Personero Municipal de Ibagué, en la oportunidad legalmente prevista no contestó la demanda, a pesar de que se notificó por conducta concluyente de la misma el 27 de junio de 2018, teniendo en cuenta las actuaciones e intervenciones que efectuó durante el trámite de la medida cautelar solicitada por la parte accionante, las cuales daban cuenta del conocimiento del libelo introductorio.

Asimismo se destaca que el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra presentó acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima, por cuanto el mismo dentro del presente trámite tuvo por no contestada la demanda. El conocimiento de dicha acción le correspondió en primera instancia a la Sección Cuarta del Estado, que mediante fallo del tutela del 12 de diciembre de 2018 negó el amparo solicitado al estimar que acertadamente el juez ordinario determinó que el señor Ossa Bocanegra se notificó por conducta concluyente de la demanda nulidad electoral el 27 de junio de 2018 (Folios 843-845, 868-882 del cuaderno N° 3), decisión que según el software de gestión judicial Siglo XXI fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante fallo del 28 de marzo de 2019.

procedimiento de nulidad electoral, por lo que tal asunto fue definido mediante providencia que quedó en firme<sup>52</sup>.

81. Se ponen de presente los anteriores aspectos, en atención a que conforme el artículo 207 de la Ley 1437 de 2011, “*agotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes*”, en aras que el proceso se tramite con normalidad y que a medida en que se surten las diferentes etapas se adopten los correctivos a que haya lugar, so pena que las irregularidades procesales se entiendan saneadas, por lo que tampoco resulta válido que las partes vuelvan sobre las mismas, en tanto tal proceder entorpece la actuación judicial, situación que también es advertida en el parágrafo del artículo 133 de la Ley 1564 de 2012 cuando señala en materia de nulidades<sup>53</sup> “*que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece*”.

82. Asimismo, más allá de la discusión atinente a si la controversia planteada alrededor de la elección controvertida debe tramitarse bajo el medio de control de nulidad electoral o nulidad y restablecimiento del derecho, concretamente, si el Concejo Municipal de Ibagué obró conforme a derecho al no elegir a la persona que obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles por encontrarse en presuntas situaciones de inelegibilidad y optar por el segundo de aquélla, se tiene que esta Corporación como Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo es competente para definir el debate planteado en segunda instancia.

83. Por lo tanto, en virtud del principio de tutela judicial efectiva es menester luego de estar saneado el proceso y con ocasión del recurso de apelación interpuesto, adoptar la decisión que en derecho corresponda para administrar justicia en el caso.

84. También se evidencia que tampoco existe impedimento alguno para proferir el pronunciamiento definitivo, en atención a que las partes han ejercido plenamente su derecho a la defensa tanto en primera como en segunda instancia, lo que se ve reflejado en la oportunidad concedida para contestar la demanda, solicitar y practicar pruebas, participar activamente en las audiencias inicial y de pruebas, presentar sus alegatos de conclusión, e incluso interponer los recursos contra las decisiones adversas a su interés. En suma, ampliamente han desarrollado el derecho al debido proceso, que por excelencia constituye el fin último de

<sup>52</sup> Folios 897-899, 903 del cuaderno N° 3.

<sup>53</sup> En materia de nulidades procesales, el Código General del Proceso en lo que sea compatible, es aplicable al proceso de nulidad electoral conforme a las remisiones derivadas de los artículos 296, 208 y 306 de la Ley 1437 de 2011.



cualquiera de los medios de control susceptibles de tramitarse en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

85. Por consiguiente, los planteamientos de la parte demandada sobre el particular, no constituyen inconveniente alguno para que esta Sección conozca en segunda instancia la controversia planteada y para que en virtud de los principios de acceso material a la administración de justicia, prevalencia del derecho sustancial y el derecho “*a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes*” (art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos), dicte la decisión que en derecho corresponda.

## **2.2. Resolución del primer problema jurídico – De la presunta situación de inelegibilidad del señor Efraín Hincapié González para ser elegido Personero Municipal de Ibagué**

86. Aunque la elección controvertida es la del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, como se desprende de las distintas intervenciones, se tiene que el Concejo Municipal de Ibagué optó por elegir al concursante antes señalado, debido a que quien obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, el señor Efraín Hincapié González, supuestamente se encontraba en varias situaciones de inelegibilidad, respecto de las cuales durante el transcurso de la presente actuación, incluyendo la segunda instancia, las partes han debatido si se configuraron o no, de allí que el debate acerca de la elección del señor Ossa Bocanegra haya versado sobre la validez de las razones invocadas para no elegir como personero al señor Hincapié González.

87. Lo anterior, debido a que la elección de los personeros está orientada por el principio del mérito, de manera tal que salvo razones objetivas y suficientemente fundadas, las corporaciones encargadas de aquélla, deben optar por quien obtuvo el primer lugar en el concurso respectivo, de allí se insiste, la particularidad que el caso de autos plantea, en tanto respecto a la legalidad de la elección del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, que obtuvo el segundo lugar en la lista de elegibles respectiva, se ha propuesto un debate alrededor de las razones que fueron invocadas para no elegir a quien obtuvo el puntaje más alto<sup>54</sup>, toda vez que

<sup>54</sup> Estas consideraciones se efectúan teniendo en cuenta que de conformidad con la lista de elegibles conformada el 3 de noviembre de 2017 para la elección del personero municipal por el Concejo Municipal de Ibagué, el resultado definitivo del concurso de méritos fue el siguiente (Folio 77, del cuaderno N° 1):

CONCURSANTE	90%	10%	TOTAL
Efraín Hincapié	69.88%	7%	77.19%
Camilo Ernesto Ossa	55.03%	8%	63.21%
Yeisson René Sánchez	59.94%	2%	62.34%



de desestimarse las mismas, el concejo municipal habría proferido el acto acusado en desconocimiento del principio de mérito que rige dichas elecciones.

88. A fin de lograr una mayor comprensión de la problemática planteada y facilitar el análisis de las razones que llevaron a la expedición del acto cuya nulidad se pretende, la Sala en primer lugar realizará algunas consideraciones generales sobre las normas que rigen la elección de los personeros municipales, para posteriormente analizar la validez de los motivos invocados para no elegir al demandante y que llevaron a la corporación de elección popular a optar por el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra.

### **2.2.1. De las normas que rigen la elección de los personeros municipales<sup>55</sup>**

89. La Constitución Política, en su artículo 300, numeral 8<sup>56</sup>, establece la competencia de elegir a los personeros en cabeza de los concejos.

90. Por su parte, la Ley 1551 de 2012 a través de su artículo 35<sup>57</sup>, el cual modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, estableció que estas corporaciones públicas, según el caso, elegirán personeros municipales o distritales para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, **previo concurso público de méritos**, de conformidad con la ley vigente. De esta forma, los personeros iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

José Ariel Sepúlveda Martínez	62.11%	NO ASISTIÓ	62.11%
Emilio Augusto Lagos	55.84%	5%	60.50%
Carlos Fernando Ramos Amaya	58.21%	NO ASISTIÓ	58.21%
Jorge Alejandro Lema Galeano	55.03%	NO ASISTIÓ	55.03%

<sup>55</sup> Buena parte de las consideraciones sobre el tema anunciado fueron desarrolladas en: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 28 de julio de 2016, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 27001-23-33-000-2016-00018-01.

<sup>56</sup> “ARTICULO 313. Corresponde a los concejos:

(...)

8. Elegir Personero para el periodo que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine”.

<sup>57</sup> ARTÍCULO 35. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

Artículo 170. Elección. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para períodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos que realizará la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.



91. Posteriormente, mediante el Decreto 2485 de 2014, el Gobierno Nacional fijó los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales, señalado en la disposición legal arriba mencionada.

92. Su artículo 1º prescribió que los trámites correspondientes al concurso de méritos serán desarrollados por los concejos municipales o distritales, sin embargo, también podrán efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal.

93. Asimismo, en su artículo 2º estableció las etapas del concurso de méritos, a saber: a) Convocatoria; b) Reclutamiento y; c) Pruebas.

94. Esta última etapa, a su vez, comprende las siguientes: 1) Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que **se fije en la convocatoria**, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total del concurso; 2) prueba que evalúe las competencias laborales; 3) valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria y; 4) entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración del concurso.

95. Adicionalmente, de conformidad con el artículo 4º de este decreto reglamentario, la lista de elegibles será elaborada por el concejo municipal o distrital, según el caso, **en estricto orden de méritos, a partir de la cual se cubrirá la vacante del empleo de personero con la persona que ocupe el primer puesto de la lista.**

96. Finalmente, su artículo 6º señala que para la realización de estos concursos de méritos se pueden celebrar convenios interadministrativos asociados o conjuntos con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para los siguientes propósitos: (i) La realización parcial de los concursos de personero, los cuales continuarán bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión y; (ii) el diseño de pruebas para ser aplicadas simultáneamente en los distintos procesos de selección convocados por los municipios suscriptores.

97. Cabe resaltar que el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 “*por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, mediante su artículo 3.1.1 derogó integralmente las disposiciones reglamentarias relativas al Sector Administrativo de Función Pública, por lo que el Decreto 2485 de 2014 también se entiende derogado. No obstante, las normas que lo desarrollaban fueron reproducidas en el Decreto Único en los artículos 2.2.27.1 a 2.2.27.6, siendo éstas las disposiciones normativas reglamentarias aplicables a la

elección de personeros municipales o distritales, a partir de su entrada en vigencia<sup>58</sup>.

98. La importancia de la modificación introducida por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 ha sido destacada por esta Sección, toda vez que introdujo un nuevo paradigma en tratándose de la elección de personeros, pues la misma “*dejó de estar al arbitrio del concejo municipal, quien en todo caso conservó sus facultades de nominación, pero ya no sujeto a los vaivenes del amplio margen de liberalidad que le confería el ordenamiento jurídico, sino por medio de la realización de un procedimiento objetivo y reglado, que tiene el mérito por criterio orientador, aunque, en todo caso, no despoja a dicha corporación pública de todo su poder de configuración eleccionaria*”<sup>59</sup>.

99. En efecto, vale la pena recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2013<sup>60</sup>, al analizar la anterior disposición, estimó totalmente ajustado al ordenamiento jurídico que la elección de personero fuera producto de un concurso de público de méritos, cuyo resultado debe respetarse, sin que ello signifique que se cercenara la competencia de elección en cabeza de los concejos municipales y distritales, debido a que:

- “*La Carta Política consagra expresamente el sistema de méritos como el mecanismo general de vinculación al sector público, y porque éste está dirigido al cumplimiento de los fines estatales y a asegurar los derechos fundamentales de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y al debido proceso*”.
- “*Segundo, porque de acuerdo con la normativa superior, la Corte ha señalado explícitamente que el concurso es constitucionalmente admisible, incluso para la elección de los funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los funcionarios sujetos a un período fijo, tal como ocurre en esta oportunidad*”.
- “*Las acusaciones por el debilitamiento del principio democrático parten de una concepción de los concejos municipales que no se ajusta a la normativa superior. En efecto, los accionantes argumentan que, en tanto los concejales son elegidos, a través del sufragio, como representantes de la voluntad general, sus decisiones deben ser adoptadas a partir de dinámicas abiertas y flexibles, y no a partir de procedimientos rígidos que bloquean el debate y la deliberación pública. Este argumento supone que la Carta Política se adhiere únicamente al paradigma de la democracia representativa, cuando el ordenamiento superior reconoce el principio en términos amplios y generosos, admitiendo también la democracia sustancial, la democracia deliberativa y la democracia participativa*”.

<sup>58</sup> “ARTÍCULO 3.1.2 Vigencia. El presente decreto rige a partir de su publicación en el Diario Oficial”. Dicho decreto fue publicado el 26 de mayo de 2015.

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03

<sup>60</sup> Corte constitucional, sentencia C-105 del 6 de marzo 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

- “En consonancia con los postulados de la democracia participativa, el concurso público de méritos materializa la intervención ciudadana en distintos sentidos: de un lado, porque cualquier persona que cumpla los requisitos y condiciones para ejercer el cargo de personero, puede tomar parte en el respectivo proceso de selección; esta apertura no es propia ni característica de las dinámicas informales en las que discrecionalmente los concejos conforman su repertorio de candidatos. Y de otro lado, porque como se trata de un procedimiento público y altamente formalizado, cualquier persona puede hacer el seguimiento respectivo, y detectar, informar y controvertir las eventuales irregularidades. En definitiva, la publicidad, transparencia y formalización del proceso incentivan la participación ciudadana. Se trata de un proceso democrático, no en tanto se delega en los representantes de la ciudadanía la conducción política, sino en tanto la ciudadanía interviene activamente y controla la actividad estatal”<sup>61</sup>.

## 2.2.2. Análisis de los motivos invocados para no elegir al señor Efraín Hincapié.

### 2.2.2.1. De la existencia de incertidumbre como la razón invocada por el Concejo Municipal de Ibagué, alrededor de la situación del señor Efraín Hincapié González

100. Como se destacó en el acápite de hechos probados, el 9 de marzo de 2018<sup>62</sup>, el Concejo Municipal de Ibagué, con 8 votos a favor y 7 en contra<sup>63</sup>, eligió al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como personero municipal, al considerar por mayoría, que no podía elegirse como tal a la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, y por ende que debía optarse por quien obtuvo el segundo mejor puntaje en el concurso de méritos.

101. Del análisis del acta respectiva se advierte que con antes de efectuar la elección cuya nulidad se solicita, la discusión giró en torno a la presunta existencia de situaciones de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses que impedían elegir al señor Efraín Hincapié González, a pesar de que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, debido a que para el momento de la inscripción y con anterioridad se desempeñó como Contralor Departamental del Tolima, en presunto desconocimiento del artículo 174, literal a) de la Ley 136 de 1994, el artículo 95, numeral 2º de la misma ley y el artículo 272 constitucional, y porque supuestamente se presentó un conflicto de intereses, en la medida que dicho aspirante era profesor de cátedra de la ESAP, esto es, la institución que intervino en el desarrollo del proceso de selección y que le asignó un puntaje tan alto que condicionó el proceso de elección.

<sup>61</sup> Ibídem

<sup>62</sup> Folios 217-264 del cuaderno N° 1.

<sup>63</sup> Para el momento de la votación 3 concejales no contestaron el llamado que se les hizo y uno se abstuvo de votar.

102. Particularmente se evidencia que 7 concejales votaron a favor del señor Hincapié y 11 en contra, estos últimos debido a que no estaban seguros de las situaciones de inelegibilidad invocadas respecto de dicho aspirante, es más, expresamente manifestaron que tenían dudas sobre el particular, en especial teniendo en cuenta que la Procuraduría General de la Nación había sancionado con anterioridad a los concejales que votaron por la elección del señor Julián Prada como personero municipal, pese a que se encontraba inhabilitado como lo determinaron las autoridades judiciales competentes.

103. A continuación se destaca el sentido de las intervenciones de quienes decidieron no votar por la elección del demandante, las cuales se presentaron luego de que se diera lectura a varios documentos relacionados con la situación del señor Hincapié, incluidos los conceptos proferidos por el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública:

104. (i) Sobre la intervención del concejal Victoria Ariza<sup>64</sup>:

*“(...) manifiesta que de acuerdo a todas las lecturas que se realizaron, a las inconsistencias que se presentan establece que personalmente no tiene una posición jurídica clara para votar el día de hoy si (sic) a la elección del doctor EFRAÍN HINCAPIÉ por lo anterior vota no a la elección del mismo”.*

105. (ii) Sobre la intervención del concejal Juan Ávila<sup>65</sup>:

*“(...) manifiesta que viendo que el tribunal no da la claridad ya que no se entiende lo que está diciendo (hace referencia a una providencia del Tribunal Administrativo del Tolima que resolvió un conflicto de competencias entre la Contraloría Municipal de Ibagué y la Contraloría Departamental del Tolima), además por lo que hace llegar el concejal QUINTERO y con todo lo que ha pasado en este proceso y establece que no tiene la claridad jurídica para decirle si (sic) al doctor HINCAPIÉ por todas estas dudas por eso determina que se debió de haber esperado el concepto del consejo de estado (sic) que es el que da luz debido a que está viendo un proceso realmente nuevo en el país entonces por todas estas dudas vota no a la elección del doctor HINCAPIÉ”.*

106. (iii) Sobre la intervención del concejal Camilo Delgado<sup>66</sup>:

<sup>64</sup> Folio 222 del cuaderno N° 1.

<sup>65</sup> Ibídem.

<sup>66</sup> Folios 225-230 del cuaderno N° 1.

107. Luego de realizar algunas consideraciones sobre pronunciamientos del Consejo de Estado respecto a la obligación de los concejos municipales de definir si los candidatos a personeros están incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad, en especial del caso del señor Julián Prada y los concejales que con su voto apoyaron tal candidatura y fueron sancionados disciplinariamente, subrayó que “*obviamente*” la ESAP no va aceptar que favoreció a uno de los concursantes que fue su docente, que “*curiosamente*” ocupa los primeros lugares, a pesar que en el trámite que se llevó a cabo cuando se eligió al señor Julián Parada, quedó por debajo del puesto 50, situación que le genera “*dudas jurídicas*”.

108. Agregó que también “*le generó duda en torno a si la actuación que desarrolló uno de los candidatos bajo el cargo de contralor departamental*” constituye una inhabilidad para ser elegido alcalde, que sea aplicable a la elección de los personeros.

109. Finalmente, indicó que pese a las dudas existentes se debe tomar una decisión, por lo que “*teniendo en cuenta que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o conflicto de intereses y en virtud a las dudas que de manera particular y personal tiene sobre la existencia o no de una presunta inhabilidad e incompatibilidad o conflicto de intereses que expuso ampliamente en la exposición de su voto donde pide que lo excusen pero piensa en su futuro de que (sic) va a pasar después de la sesión de hoy su voto es que NO vota por el candidato que ocupa el primer puesto de la lista de elegibles por las dudas razonables y porque está actuando exagerada (sic) como se le dice la procuraduría (sic) diligencia y cuidado como la responsabilidad que tiene como representante de la comunidad*”<sup>67</sup>

110. (iv) Sobre la intervención del concejal Víctor Gracia<sup>68</sup>: Indicó que “*(...) lo único que tiene claro es que ni el mismo ministerio del interior (sic) lo tiene claro*”. Señaló que existe un dilema, pues como estaría mal elegir al señor Hincapié si está en situaciones de inelegibilidad, también lo es no elegirlo y que con posterioridad una autoridad judicial establezca que no existía inconveniente alguno con su candidatura. Luego de precisar que no tiene formación alguna en derecho pero que ha hecho todo lo posible por formarse una posición sobre el particular, indicó que hasta que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado no emita un concepto sobre el asunto, “*su voto es negativo*”

111. (v) Sobre la intervención del concejal Pedro Mora<sup>69</sup>: Luego de realizar algunas consideraciones sobre la existencia de criterios jurídicos encontrados en el caso objeto de estudio, las consecuencias negativas de la elección del señor

<sup>67</sup> Folio 230 del cuaderno N° 1.

<sup>68</sup> Folios 231-232 del cuaderno N° 1.

<sup>69</sup> Folios 234-236 del cuaderno N° 1.

Julián Prada que fue declarada nula, y la necesidad de que el Consejo de Estado se pronuncie sobre el asunto, sostuvo que:

*“(...) hoy con todo el dolor del alma y con el doctor HINCAPIÉ a quien conoce hace muchos años y conoce las calidades de lo que representa como profesional de lo que representa en todos los aspectos considera que es un tema de integridad personal y es sencillamente proteger sus intereses jurídicos con respeto (sic) a las decisiones que no tienen claridad y establece que ha escuchado a todo (sic) los concejales pero ninguna (sic) lo convence y los que votaron positivo menos porque no les ve claridad jurídica y se ven más enredados que todos por lo que manifiesta que no puede votar hoy por el doctor Hincapié para que sea personero de este municipio y espera que el consejo de estado (sic) se pronuncie en el menor tiempo posible (...).”*

112. (vi) El concejal Ernesto Ortiz<sup>70</sup>, manifestó compartir las razones expuestas por el concejal Camilo Delgado.

113. (vii) Sobre la intervención del concejal Linda Perdomo<sup>71</sup>: Aseveró que para ella es claro que el señor Hincapié, en su calidad de Contralor Departamental del Tolima, intervino en asuntos del municipio de Ibagué, pero que le genera duda el hecho de que dicho participante en el trámite en el que resultó elegido el señor Julián Prada obtuviera una calificación baja, y con posterioridad cuando el proceso reinició ocupara el primer lugar. Agregó que prestigiosos abogados han considerado que dicho candidato *“podría estar inciso en una causal de inhabilidad por lo que vuela y se acoge a lo que dice el artículo 35 de la ley (sic) 734 en su numeral 18 de que le están prohibiendo y reitera que no es la autoridad competente para determinar si hay una inhabilidad o no, por lo cual no puede tomar una decisión positiva acerca del doctor HINCAPIÉ, por eso su voto es negativo”*.

114. (viii) Sobre la intervención del concejal Marco Tulio Quiroga<sup>72</sup>: Indicó que para el momento de la inscripción al concurso de méritos el señor Efraín Hincapié se desempeñaba como contralor departamental, y que como tal revisó en sede de apelación asuntos relacionados con el municipio de Ibagué, por lo que ejerció autoridad administrativa en la anterior entidad territorial, lo que puede dar lugar a una inhabilidad. Además, hizo alusión a una posible situación de conflicto de intereses dada la condición de profesor de la ESAP del mencionado aspirante, circunstancias ante las cuales existen *“serias dudas”* que le impiden emitir un voto favorable.

<sup>70</sup> Folios 237-238 el cuaderno N° 1.

<sup>71</sup> Folios 238-239 del cuaderno N° 1.

<sup>72</sup> Folios 240-241 del cuaderno N° 1.

115. (ix) El concejal William Rosas<sup>73</sup> manifestó que adherirse a lo expuesto por los concejales Camilo Delgado y Linda Perdomo.

116. (x) El Concejal Oswaldo Rubio<sup>74</sup> señaló que ante la situación de incertidumbre que existe, “*su voto es no hasta que no esté en (sic) concepto del consejo de estado frente al interrogante de establecer si el doctor Hincapié tiene o no inhabilidades e incompatibilidades o conflicto de intereses para ser personero de la ciudad de Ibagué*”.

117. (xi) Sobre la intervención del concejal William Santiago<sup>75</sup>:

*“manifiesta que fundamenta su voto por una posible inhabilidad que no le ha sido resuelta por parte del candidato el doctor Hincapié, lo cual conlleva a verificar y soportarse en las prohibiciones dadas en la ley 734 del 2002 en su artículo 35 numeral 18 y que con esto está evitando así sea sujeto disciplinario y a la vez ser sancionado por elegir a alguien que presuntamente se encuentra inhabilitado por ello está a la espera del concepto de la sala de consulta del consejo de estado (sic) (...).”*

118. Del estudio de las circunstancias que rodearon la expedición de la elección acusada, descritas en el acápite de hechos probados, salta a la vista que frente a la situación del señor Efraín Hincapié que obtuvo la puntuación más alta en el concurso de méritos, se presentó una fuerte discusión sobre la posibilidad o no de elegirlo como personero municipal, respecto de la cual se solicitaron conceptos y se abrió un espacio de discusión en el seno del concejo municipal, para lo cual incluso, se modificó la fecha inicialmente programada de la elección.

119. Sin embargo, pese a todas las actuaciones adelantadas, para la mayoría de los concejales, en especial, para los que consideraron que no podía elegirse a quien ganó el concurso público, el factor determinante para llegar a tal determinación fue la duda, esto es, la falta de certeza sobre las situaciones de inelegibilidad que fueron invocadas.

120. En tal sentido con anterioridad se destacaron algunos de los apartes de las intervenciones de los concejales que votaron en contra del demandante, de los cuales se evidencia, como acertadamente lo indicó el *A quo*, que fue una situación de incertidumbre sobre supuestas circunstancias de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses, la que llevó a que no se eligiera a quien logró el primer lugar en la lista de elegibles, que a su vez estuvo acompañada del

<sup>73</sup> Folios 241-243 del cuaderno N° 1.

<sup>74</sup> Folio 243 del cuaderno N° 1.

<sup>75</sup> Folio 244 del cuaderno N° 1.

temor a respaldar dicha elección, por la posibilidad de sanciones disciplinarias al incurrir en la prohibición de que trataba el entonces numeral 18 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002<sup>76</sup>, en especial cuando existe un antecedente sobre el particular relacionado con la elección del señor Julián Prada como Personero Municipal de Ibagué.

121. En ese contexto, comparte la Sala el razonamiento que desarrolló el juez de instancia al acceder a las pretensiones de la demanda, consistente en que la decisión de no elegir a quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles, fundada en la incertidumbre de las causales de inelegibilidad invocadas y el temor a una sanción, resulta contraria al principio del mérito que rige la elección de los personeros municipales, consagrado en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que como se ilustró en el acápite 2.4.1. de la parte motiva de esta providencia, implicó un cambio de paradigma de dicha elección, pues “*dejó de estar al arbitrio del concejo municipal, quien en todo caso conservó sus facultades de nominación, pero ya no sujeto a los vaivenes del amplio margen de liberalidad que le confería el ordenamiento jurídico, sino por medio de la realización de un procedimiento objetivo y reglado, que tiene el mérito por criterio orientador, aunque, en todo caso, no despoja a dicha corporación pública de todo su poder de configuración eleccionaria*”<sup>77</sup>.

122. Lo anterior en la medida que si la mencionada elección debe estar precedida de un concurso público de méritos, que pretende que las personas más capacitadas sean quienes ostenten la condición de personeros, para lo cual los concursantes se someten en igualdad de condiciones a una serie de pruebas para identificar los más calificados, la elección debe recaer sobre quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, salvo que medien razones objetivas y debidamente fundadas que impidan confirmar tal determinación, verbigracia la violación del régimen de inhabilidades, como lo indicó esta Sección en sentencia del 1º de diciembre de 2016<sup>78</sup>, precisamente respecto de la elección de la primer persona que fue elegida como Personero de Ibagué para el periodo 2016-2020.

123. En ese orden de ideas, resulta contrario al artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que estableció el concurso público para la elección de los personeros, que se invoque la existencia de dudas, de falta de claridad o el temor a una sanción, para justificar que la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles no debe ser elegida, pues bajo tal hipótesis ostensiblemente se minaría el principio del mérito, toda vez que bastaría alegar un estado de incertidumbre para

<sup>76</sup> “ARTÍCULO 35. PROHIBICIONES. <Artículo derogado a partir del 1 de julio de 2019, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> A todo servidor público le está prohibido:

(...)

18. Nombrar o elegir, para el desempeño de cargos públicos, personas que no reúnan los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios, o darles posesión a sabiendas de tal situación”.

<sup>77</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03

<sup>78</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03



desatender el mismo, lo que abre la puerta a la adopción de decisiones arbitrarias o infundadas, que terminan desconociendo el proceso de selección que se adelantó.

124. Por supuesto, lo anterior supone una exigencia mayor para los concejos municipales y distritales a la hora de evaluar las situaciones de inelegibilidad que son invocadas, exigencia que se desprende de la obligación y la facultad constitucional de elegir a los personeros, prevista en el artículo 300.8 de la Constitución Política, por lo que no resultan de recibo, en el ámbito objetivo del cumplimiento de tal deber, las excusas planteadas por algunos concejales sobre su falta de conocimiento del tema o el trasladar la responsabilidad de la elección a lo que establezcan otras autoridades, en las cuales desde luego pueden apoyarse para dilucidar los asuntos problemáticos, pero no condicionar el análisis que les corresponde exclusivamente a lo que determinen las mismas.

125. En tal sentido resulta totalmente pertinente el concepto N° 2373 del 31 de julio de 2018 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo Estado, que se produjo con ocasión de la consulta elevada por el Ministerio del Interior sobre la situación del señor Efraín Torres, que como se expuso con anterioridad, a su vez obedeció a una consulta del Concejo Municipal de Ibagué. Si bien dicho concepto se abstuvo de pronunciarse sobre el caso concreto del ciudadano antes señalado en atención a la existencia de la presente controversia, sí efectuó consideraciones relevantes entre otros aspectos, sobre la obligación de los concejos municipales y distritales de verificar las condiciones de elegibilidad de los aspirantes a personeros, dentro de los cuales se destacan las siguientes:

*"En consecuencia, es responsabilidad de los concejos municipales, en calidad de entidades nominadoras o electoras, verificar en forma previa a la elección del personero el cumplimiento de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del cargo, sin que la ley haya establecido un procedimiento específico para cumplir dicha obligación, como tampoco le haya asignado a una entidad pública determinada el deber de realizar un acompañamiento a los concejos municipales para el ejercicio de esa función electoral. Sin embargo, de acuerdo con la ley ello no obsta para que los concejos municipales pueden apoyarse en entidades especializadas como pueden ser las instituciones de educación superior en la realización del concurso, evento en el cual la dirección, coordinación y supervisión del mismo continúa a su cargo sin que resulte jurídicamente viable delegar o transferir la responsabilidad derivada de la elección del empleo de personero a la entidad contratada para llevar a cabo el concurso previo y público de méritos.*

*En otros términos, el hecho de que se lleve a cabo el concurso de méritos con el apoyo de una entidad contratada para el efecto<sup>79</sup>; no exime al*

<sup>79</sup> Respecto de la posibilidad de que se contrate a la ESAP para la realización de los concursos, esta Sala dijo: (...) Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2269 del 17 de septiembre de 2015.



respectivo órgano elector de la obligación que le asiste en el ejercicio de la función electoral de examinar las calidades exigidas por la ley, así como la aptitud de los aspirantes para acceder al cargo.

*En virtud de lo expuesto, la responsabilidad de verificar el cumplimiento de los requerimientos legales por parte del candidato que vaya a ser elegido, incluidos aquellos relacionados con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, continúa radicada en los electores, puesto que son ellos quienes por mandato constitucional deben ejercer dicha función y en últimas los que deciden con su voto quien va a ocupar el cargo. Entonces, aunque resulte aconsejable incluir en el contrato que se celebre que la entidad contratista realizará la asesoría y acompañamiento en la verificación previa de tales requerimientos legales de las personas que se inscriban para que en la lista de elegibles no se incluyan aquellos candidatos que se encuentren incursos en alguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés, ello no exime a la corporación pública nominadora del deber de evaluar este aspecto, por lo tanto si bien ordena la norma que la elección recaerá en la persona que haya ocupado el primer puesto de la lista<sup>80</sup>, ello es así siempre y cuando no se encuentren en supuestos de inhabilidad e incompatibilidad previstos en la ley.”<sup>81</sup>.*

126. En el marco de las consideraciones que anteceden, estima la Sala que no puede olvidarse que si bien el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 significó un cambio de paradigma en la elección de los personeros, los concejos municipales conservan su facultad de nominación (por supuesto ya no sujeta a su mera liberalidad, pues la misma fue restringida por la exigencia de adelantar el concurso público), toda vez que dicha disposición, la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional (que al revisar la misma declaró inexequibles las expresiones que le asignaban a la Procuraduría General de la Nación la facultad de adelantar tales concurso público) y el Decreto 2485 de 2014 (hoy 1083 de 2015), claramente reconocen que son los concejos municipales y distritales los encargados de regular y presidir la convocatoria para la elección de personeros, dentro de los límites establecidos por la ley, dejando a salvo el poder de configuración eleccionaria de tales corporaciones, que desde luego resulta determinante a la hora de establecer las exigencias que deben acreditar quienes aspirar a tales dignidades.

127. **En suma**, por las razones expuestas la Sala comparte el fallo de primera instancia en cuanto estimó que la decisión de no elegir al señor Efraín Hincapié, y en su lugar elegir al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, sustentada en la incertidumbre frente a las situaciones de inelegibilidad invocadas frente al primero y el temor a la imposición de una sanción disciplinaria, fue contraria al principio

<sup>80</sup> Artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2373 del 31 de julio de 2018, M.P. Álvaro Namén Vargas, Rad. 11001-03-06-000-2018-00045-00.

del mérito, y por consiguiente, al artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 en concordancia con el artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

128. No obstante lo anterior, dada la insistencia de la parte demandada en ahondar en las situaciones que a su juicio impidieron la elección del señor Efraín Hincapié, estima la Sala necesario detenerse en las mismas a fin de verificar su validez, toda vez que si bien es cierto la mayoría de concejales como razón principal de su decisión manifestaron la existencia de incertidumbre, también lo es que dieron cuenta de las situaciones de hecho y derecho que generaron dicha duda, que deben despejarse so pena de dejar de manera indefinida la discusión ateniente a la presunta situación de inelegibilidad de dicho aspirante y a su vez, la alternativa por la que optó el concejo municipal al elegir al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles.

129. Esto aunado al criterio mayoritario de la Sección<sup>82</sup>, consistente que el cambio introducido por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, no implicó la derogatoria tácita o modificación de las causales de inhabilidad para la elección de personero municipal contenidas en la Ley 136 de 1994, por lo que a la luz de dicha posición, resulta relevante establecer si realmente existían o no razones para dejar de elegir al señor Efraín Hincapié aunque ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, relacionadas con su desempeño como Contralor Departamental del Tolima y su vinculación a la ESAP como docente.

#### **2.2.2.2. Del presunto desconocimiento del artículo 174 literal a) en concordancia con el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994**

130. El señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra y el Concejo Municipal de Ibagué estimaron que el señor Efraín Hincapié González se encontraba incurso en las causales de inhabilidad antes señaladas, porque para el momento de la inscripción al concurso de méritos para el cargo de Personero Municipal de Ibagué se desempeñaba como Contralor Departamental del Tolima, y por consiguiente, desde dicho empleo ejerció en la ciudad de Ibagué autoridad administrativa dentro del periodo inhabilitante, como lo demuestra su intervención en un proceso de responsabilidad fiscal frente a funcionarios de la Empresa Ibaguereña de Acueducto y Alcantarillado.

<sup>82</sup> Que puede apreciarse en: (i) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1º de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03. (ii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 08001-23-33-000-2016-00051-01. Se destaca que tal es el criterio mayoritario, toda vez que frente al mismo la Magistrada Rocío Araujo Oñate ha manifestado su disenso, por las razones en su momento expuestas en el salvamento de voto al fallo proferido por la Sección el 1º de diciembre de 2016, dentro del proceso N° 73001-23-33-000-2016-00079-03.



131. Sobre las normas invocadas para justificar la configuración de la supuesta inhabilidad, en primer lugar debe considerarse que el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 es el que contiene las inhabilidades para ser elegido personero, y que dicha norma en su literal a) estipula que también deben considerarse las causales establecidas para el alcalde municipal, **en lo que sea aplicable**, lo que ha justificado que la parte demandada haya acudido al numeral 2º del artículo 95 de la misma ley, que estipula lo siguiente:

**“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE.** <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> 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, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.

132. Sobre la aplicación de la anterior causal de inhabilidad, así como la contenida en el numeral 5º del artículo 95 ibídem, consistente en “*haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección*”, la Sección Quinta del Consejo de Estado, teniendo en cuenta pronunciamientos de la Corte Constitucional en la materia<sup>83</sup>, de manera diáfana y reiterada<sup>84</sup> ha precisado que los numerales 2 y 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que se refieren a situaciones de inhabilidad para los alcaldes, relacionadas con el hecho de haber ocupado con anterioridad cargos públicos, **no resultan aplicables** a la elección

<sup>83</sup> Corte Constitucional, sentencia C-767 del 10 de diciembre de 1998, C.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta providencia se indicó: “*Por ende, en la medida en que el artículo 174 señala que no podrá ser personero quien esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, pero únicamente “en lo que le sea aplicable”, debe entenderse que sólo se extienden al personero aquellas inelegibilidades previstas en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994 cuando tal extensión resulte claramente necesaria para asegurar una adecuada protección a la imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública. Por consiguiente, en aquellos eventos en que esa extensión carezca de evidente razonabilidad, o exista duda sobre su pertinencia, debe entenderse que la inhabilidad del alcalde no es aplicable al personero.*

7- Ahora bien, en la medida en que la propia ley previó una inhabilidad específica para ser personero cuando la persona ocupó previamente un cargo en la administración, la cual está contenida en el literal b) del artículo 174, no parece razonable extender a los personeros la inhabilidad sobre el mismo tema prevista para el alcalde.”

<sup>84</sup> Ver: (i) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de mayo de 2002, M.P. Darío Quiñones Pinilla, Rad. 25000-23-15-000-2001-0101-01(2813). (ii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de mayo 2005, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, Rad. 76001-23-31-000-2004-00279-02(3595) (En esta providencia bajo el mismo razonamiento, se estimó que tampoco resulta aplicable la causal de inhabilidad contenida en el numeral 4 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994). (iii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de marzo de 2011, M.P. Mauricio Torres Cuervo, Rad. 76001-23-31-000-2009-00483-0. (iv) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 1º de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 15001-23-33-000-2016-00185-01, 15001-23-33-000-2016-00141-00, 15001-23-33-000-2016-00143-00 (acumulados).



de personeros, toda vez que el legislador se ocupó de manera especial frente a éstos en el literal b) del artículo 174 de la misma ley, motivo por el cual no resulta necesaria la remisión a otras normas, pues la misma solo tiene lugar como lo señala el literal a) del artículo 174 *ibidem*, “en lo que sea aplicable”, so pena de realizar interpretaciones extensivas en materia de inhabilidades, lo cual está proscrito por el ordenamiento jurídico, pues las mismas al igual que las incompatibilidades implican limitación de derechos, como lo dijo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en los siguientes términos:

“Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía *legis* o *iuris*, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional (*verbi gratia* arts. 179 No.1, 197 y 267 C.P.); y, además, hacen parte de un conjunto de disposiciones que integran un régimen jurídico imperativo y de orden público, razón por la cual no son disponibles ni pueden ser derogadas por acuerdo o convenio”<sup>85</sup>.

133. Con fundamento en las consideraciones que anteceden, carecen de objeto los argumentos desarrollados por la parte demandada, tendientes a demostrar que el señor Efraín Hincapié ejerció autoridad administrativa en el Municipio de Ibagué, así como los reproches en materia probatoria que en el punto se le hicieron al *A quo*, pues los mismos están construidos sobre la premisa incorrecta de la aplicación del numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que es el que hace alusión al mencionado tipo de autoridad como elemento de la causal de inhabilidad.

134. Dicho de otro modo, no resulta viable el análisis que propone la parte demandada de la situación del señor Hincapié a luz del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, pues se desconocería la intención del legislador de regular de manera clara y específica las inhabilidades para la elección de personeros, en relación con el desempeño en cargos públicos con anterioridad, situación que fue regulada de manera especial en el literal b) del artículo 174 de la misma ley así:

“ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;”

<sup>85</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de febrero de 2011, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, Rad. 11001-03-15-000-2010-00990-00 y 1001-03-15-000-2010-01027-00 (acumulados).

135. La norma transcrita hace referencia a aquella situación consistente en que durante el año anterior a la elección de personero, el candidato haya ocupado un empleo o cargo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio en el que está llamado a desempeñarse el personero, lo que constituye una causal de inhabilidad debido al provecho que podría derivar quien ocupó tales posiciones en el respectiva entidad territorial de cara a su aspiración, lo que podría propiciar una situación de desigualdad frente a los demás aspirantes, y además, la posibilidad de que se haga uso indebido del ejercicio del cargo en aras de alcanzar un beneficio particular en lugar del interés público que debe prevalecer<sup>86</sup>.

136. Nótese también, que los empleos respecto de los cuales se consagró la causal de inhabilidad son aquellos que pertenecen a la administración central o descentralizada del respectivo **municipio o distrito**, motivo por el cual (en virtud de una interpretación restrictiva) si se trata de cargos que no hace parte del mismo, no hay lugar a predicar la configuración de dicha causal, que es precisamente lo que ocurre en esta oportunidad, pues con anterioridad a la elección, concretamente entre el 13 de enero de 2012 al 12 de enero de 2016, el señor Efraín Hincapié se desempeñó como Contralor Departamental del Tolima<sup>87</sup>, motivo por el cual no hay lugar a considerar a luz de la norma aplicable, el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, que estaba inhabilitado para ser elegido personero del municipio de Ibagué.

137. Es más, abundando en razones sobre el particular, no puede olvidarse que los órganos de control, como las contralorías y personerías no pertenecen al sector central o descentralizado de la Administración, pues no hacen parte de la Rama Ejecutiva del Poder Público. En tal sentido como acertadamente lo indicó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto del 31 de julio de 2018, a propósito de la referida causal de inhabilidad, “*el candidato a personero que se haya desempeñado el año anterior a su designación como contralor no se encuentra en la inhabilidad citada en la medida que dicho cargo no pertenece a la administración central o descentralizada*”<sup>88</sup>, precisión que también ha realizado esta Sección<sup>89</sup>.

### **2.2.2.3. Del presunto desconocimiento de la prohibición contenida en el inciso final del artículo 272 de la Constitución Política**

<sup>86</sup> En tal sentido ver: Corte Constitucional C-617 del 27 de noviembre de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que declaró exequible el literal b del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

<sup>87</sup> Según certificación del 28 de enero de 2019 de la Secretaría Administrativa y Financiera de la Contraloría Departamental del Tolima, visible a folios 949-953 del cuaderno N° 3.

<sup>88</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto N° 2373 del 31 de julio de 2018, M.P. Álvaro Namén Vargas, Rad. 11001-03-06-000-2018-00045-00. En el mismo sentido ver los conceptos Nos. 1788 de 2006, 1864 de 2007 y 2282 de 2016 de la misma sala.

<sup>89</sup> (i) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 17 de marzo de 2005, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón, Rad. 25000-23-24-000-2004-00224-01(3476). (ii) Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de marzo de 2011, M.P. Mauricio Torres Cuervo, Rad. 76001-23-31-000-2009-00483-02. (iii). Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 23 de febrero 2016, M.P. Filemón Jiménez Ochoa, Rad. 68001-23-15-000-2004-00353-01(3791). (iv) Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 29 de septiembre de 2016, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 13001-23-33-000-2016-00103-01.

138. Otra de las circunstancias de inelegibilidad que fueron invocadas por la parte demandada, fue el presunto desconocimiento de la prohibición contenida en el inciso final del artículo 272 Superior que señala:

*“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**”.* (Destacado fuera de texto)

139. Lo anterior, en la medida que el señor Efraín Hincapié se desempeñaba como Contralor Departamental del Tolima para el momento de la inscripción al concurso público para el cargo de personero municipal.

140. Al analizar la norma en comento se tiene que contiene 2 prohibiciones para quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, que temporalmente se presentan **dentro del año siguiente de haber cesado en sus funciones como contralor**. La primera, que no podrá **desempeñar** empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio en el que ejerció control y vigilancia como contralor, y la segunda, que tampoco podrá **inscribirse** como candidato a cargos de elección popular del mismo territorio.

141. Como arguyó con anterioridad la Sección Quinta del Consejo de Estado, tales prohibiciones tienen como fin “*evitar que la persona que ejerce el control y la vigilancia en un territorio use su empleo para fines particulares y comprometa la imparcialidad y objetividad propia de esa labor*”<sup>90</sup>.

142. Nótese que cuando se trata de la posibilidad de ocupar cargos que **no** son de elección popular del territorio respecto del cual el contralor ejerció como tal, la prohibición consiste en “**desempeñar**” tales empleos, **no en aspirar a los mismos**, haciendo énfasis por lo tanto, en el momento que pueden ejercerse las funciones propias del cargo, lo cual solo es posible luego del correspondiente nombramiento y posesión.

143. En cambio, cuando se trata de la alternativa de ocupar cargos de **elección popular** del territorio en el contralor ejerció sus funciones, la prohibición constitucional radica en “**inscribirse**” como candidato, subrayando de esta

<sup>90</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 30 de noviembre de 2001, M.P. Darío Quiñones Pinilla, Rad. 11001-03-28-000-2001-0028-01(2527).

manera que el momento determinante de la prohibición es la aspiración formal a dichos empleos.

144. En el caso de autos, la aspiración del señor Efraín Hincapié fue al cargo de personero, que no es de elección popular, razón por la cual no resulta aplicable la segunda prohibición contenida en el artículo 272 constitucional, de manera tal que no resulta válido predicar como lo hace la parte demandada, que el señor Efraín Hincapié no podía **inscribirse** al concurso público de Personero Municipal del Tolima porque para entonces no había transcurrido más de un año desde que cesó de ejercer como Contralor Departamental del Tolima.

145. En cuanto a primera prohibición, la relativa no **desempeñar** empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio en el que ejerció control y vigilancia como contralor, dentro del año siguiente a que cesó en sus funciones, se tiene que el periodo institucional de 4 años por el que fue nombrado el señor Efraín Hincapié como contralor departamental finalizó el 12 de enero de 2016<sup>91</sup>, de manera tal que la prohibición en comento rigió hasta el **12 de enero de 2017**, momento para el cual se había proferido el fallo de esta Sección (del 1º de diciembre de 2016) que anuló la elección del señor Julián Parada como Personero de Ibagué, pero ni siquiera se había adicionado la providencia respectiva en el sentido de ordenar al concejo municipal *“realizar un nuevo procedimiento a partir de la convocatoria efectuada”*, pues ello ocurrió hasta el 26 de enero de 2017.

146. Con mayor razón para el momento en que inicialmente se programó la elección del personero, luego de que el proceso reiniciara por orden judicial, esto es, el 7 de noviembre de 2017<sup>92</sup>, claramente había transcurrido el año en el que el señor Efraín Hincapié tenía prohibido **desempeñar** empleos en el territorio en el que ejerció como contralor, lo que es todavía más notorio para el instante en que efectivamente se eligió al personero de Ibagué, el 9 de marzo de 2018, motivo por el cual contrario a lo indicado por la parte demandada, tampoco resulta válido a la luz del artículo 272 constitucional, que se haya invocado como circunstancia de inelegibilidad de quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles, el hecho que se haya desempeñado como Contralor Departamental del Tolima.

147. Dicho de otra manera, a manera de **conclusión**, como el efectivo desempeño del cargo solo puede presentarse luego del nombramiento y posesión correspondiente, en el evento que el 7 de noviembre de 2017 o el 9 de marzo de 2018, se hubiere elegido y posesionado al demandante como Personero Municipal de Ibagué, para ese entonces habría transcurrido más de un año desde que aquél dejó de ejercer como Contralor Departamental del Tolima, de manera

<sup>91</sup> Según certificación del 28 de enero de 2019 de la Secretaría Administrativa y Financiera de la Contraloría Departamental del Tolima, visible a folios 949-953 del cuaderno N° 3.

<sup>92</sup> Según la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017, visible a folios 1066-1074 del cuaderno N° 7 de pruebas.

tal que por el factor temporal la prohibición del artículo 272 Superior **no podría válidamente invocarse como una situación de inelegibilidad.**

148. Valga la pena resaltar que la parte demandada con el fin de justificar la supuesta situación de inelegibilidad del señor Efraín Hincapié, de manera permanente señaló que el momento determinante para el análisis de las distintas circunstancias invocadas es el instante en que los concursante se inscribieron al concurso de méritos, que según el cronograma respectivo tuvo lugar entre el 30 de noviembre de 2015 al 2 de febrero de 2015<sup>93</sup>, para lo cual ha acudido a (i) causales de inhabilidad que no resulta aplicables al caso de autos, como el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, (ii) a pronunciamientos judiciales que a su vez versan sobre situaciones distintas a la analizada en este oportunidad, como el fallo 9 de junio 2005 de la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>94</sup>, en la que se estudió un caso de eventual configuración de la causal prevista en el numeral 1º del artículo antes señalado<sup>95</sup>, o (iii) al hecho que el proceso de elección del Personero de Ibagué para el periodo 2016 – 2020 tuvo que rehacerse por una orden judicial, lo que conllevó a que la elección se realizara en una fecha posterior a la inicialmente programada, situación que terminó favoreciendo la situación jurídica del demandante, pasando por alto a juicio de la Sala sobre este último aspecto, que la primera elección que realizó el concejo municipal para el empleo en mención fue anulada porque no verificó las situaciones de inhabilidad de los concursantes, de manera tal que corresponde a una circunstancia que le es exclusivamente imputable a dicha corporación, que a su vez tuvo como consecuencia que el concurso de méritos reiniciara, hechos respecto de los cuales el señor Hincapié no ha tenido injerencia alguna, y que por el contrario acreditó al ocupar el primer lugar en la lista de elegible, que reúnen las calidades profesionales para desempeñar el empleo por el que concursó.

#### **2.2.2.4. De la presunta existencia de conflicto de intereses como situación de inelegibilidad**

149. En cuanto a la última situación invocada para no elegir como Personero de Ibagué al señor Hincapié, esto es, el supuesto conflicto de intereses que se evidencia respecto de la ESAP, en razón a que uno de los concursantes, y por ende, de las personas que debía evaluar, era uno de sus docentes y

<sup>93</sup> Según se evidencia en las Resoluciones N° 003 del 6 de enero de 2016 y 007 del 8 de enero del mismo año de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Ibagué, que versan sobre el cronograma del concurso de méritos, visibles a folios 22-27 del cuaderno N° 1 y 500-502 del cuaderno N° 4 de pruebas.

<sup>94</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 9 de junio de 2005, C.P. Darío Quiñones Pinilla, Rad, 23001-31-000-2003-02108-01 (3600).

<sup>95</sup> “ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas”.



“curiosamente”<sup>96</sup> se le terminó asignando una puntuación tan alta que condicionó los resultados del concurso, a pesar que durante el trámite que en su momento dio lugar a la elección del señor Julián Parada, no tuvo un rendimiento satisfactorio, estima la Sala lo siguiente.

150. En primer lugar, que la violación del régimen de conflicto de intereses no está prevista como una causal de nulidad electoral, en tanto el análisis de tal situación es propia de ámbitos sancionatorios, verbigracia procesos disciplinarios<sup>97</sup> o la acción de pérdida de investidura<sup>98</sup>, por lo que en principio el análisis de dicha situación resulta ajeno al presente medio de control.

151. Ahora bien, eventualmente podría considerarse que la existencia de conflicto de intereses derivó en ostensibles irregularidades en el trámite que se adelantó para proferir acto de designación o elección enjuiciado, a tal punto que hay lugar a predicar que existió expedición irregular del mismo, o que conllevó a que se desconocieran las normas en que debía fundarse, situaciones que de acuerdo con las particularidades de los asuntos *sub examine* podrían ser objeto de análisis a través del presente medio de control, en el que resulta válido invocar las causales generales de nulidad de los actos administrativos contenidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 (art. 275 de la misma ley).

152. Bajo la anteriores consideraciones y haciendo un ejercicio interpretativo de las razones invocadas por la parte demandada para no elegir al señor Hincapié y en su lugar elegir a la persona que ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, podría entenderse que el proceder del concejo municipal tuvo como sustento la forma irregular en la que actuó la ESAP frente a la evaluación del hoy demandante, por lo que resultaba contrario al ordenamiento jurídico que se le eligiera como personero municipal. Empero, al analizar detenidamente los argumentos que se ofrecen frente a dicha tesis, los mismos en manera alguna dan cuenta de situaciones fundadas para considerar que la ESAP tenía interés en que uno de sus docentes ganara el proceso de elección, la existencia de alguna disposición que impidiera a cualquier persona que trabajara para aquélla hacer

<sup>96</sup> Como se indicó en el debate que tuvo lugar el 9 de marzo de 2018 en el concejo municipal

<sup>97</sup> En tal sentido pueden consultarse entre otras normas, los siguientes artículos de la Ley 1952 de 2019, por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario:

“ARTÍCULO 23. GARANTÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Con el fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, el sujeto disciplinable ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y acatará el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.”

“ARTÍCULO 44. CONFLICTO DE INTERESES. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido.”

<sup>98</sup> El artículo 183, numeral 1º de la Constitución Política reza:

“ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del **régimen de conflicto de intereses**”.

parte del concurso público, tampoco que el señor Efraín Hincapié haya intervenido en el diseño de las pruebas aplicadas o en la evaluación realizada, que la mencionada universidad tenía el deber legal de abstenerse de calificar a cualquier persona que hiciera parte de su planta de personal, y mucho menos que la evaluación que se hizo del referido aspirante fue arbitraria o contraria a la verdad.

153. **En suma**, ni el Concejo Municipal de Ibagué ni el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra dan cuenta de elementos de juicio creíbles a partir de los cuales pueda considerarse que la ESAP actuó de manera irregular, que existía un interés particular que le impidió velar por el interés general de adelantar un proceso de selección objetivo, imparcial y en condiciones de igualdad y/o que se desconocieron las normas que regían el concurso, pues únicamente basan su dicho en la opinión de algunos concejales, orientadas a calificar de curioso o sospechoso que el primer lugar de la lista de elegibles lo ocupara una persona que trabajó para dicha institución de educación superior y que con anterioridad en el trámite que inicialmente dio lugar a la elección del señor Julián Prada no tuvo un desempeño satisfactorio, como si estuviera prohibido que cualquier persona vinculada a la ESAP acudiera a un concurso público o no fuera imposible que el demandante luego de la primera experiencia en el proceso de evaluación mejorara su rendimiento.

154. Por el contrario, se tiene que ante la inquietud de algunos concejales sobre la mentada situación, la ESAP mediante oficio 172.160.20-689 del 27 de octubre de 2017<sup>99</sup>, de manera pormenorizada dio cuenta del proceso de evaluación realizado al señor Efraín Hincapié González, del puntaje que obtuvo, de los documentos que aportó al concurso de méritos, y además certificó que no tuvo injerencia alguna en el mismo, afirmaciones que en manera alguna fueron desvirtuadas por el Concejo Municipal de Ibagué ni por el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra.

155. En ese punto se insiste, el hecho que la elección de los personarios esté precedida por un concurso público, y por consiguiente, regida bajo el criterio orientador del mérito, implica que quien obtuvo la puntuación más alta es el llamado a ocupar el cargo, salvo que existan razones objetivas, jurídicas y probatorias fundadas que impidan elegir a quien frente a los demás concursantes acreditó las mejores condiciones para desempeñar el cargo, de lo contrario, bastaría que se adujeran sospechas o situaciones de incertidumbre, como ocurrió en esta oportunidad, para desconocer el referido criterio, y por consiguiente, la modificación introducida en la materia por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 (que modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994).

<sup>99</sup> Folios 146-154 del cuaderno de medidas cautelares N° 2A.

## 2.2.2.5. Conclusiones sobre las situaciones de inelegibilidad invocadas frente al señor Efraín Hincapié González

156. El estudio emprendido da cuenta de la falta de validez de las razones invocadas para no elegir como Personero de Ibagué a quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles, y por consiguiente, que en desconocimiento del principio del mérito, de la norma antes señalada y del artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, se eligió al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, por lo que hay lugar a confirmar el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo impugnado que declaró la nulidad de dicha elección.

157. En este aspecto llama la atención que los concejales que invocaron situaciones de incertidumbre para no elegir al actor, no hayan reparado suficientemente en el concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública del 27 de noviembre de 2017<sup>100</sup>, que en varios aspectos coincidió en el análisis aquí realizado sobre las situaciones de inelegibilidad que fueron aducidas.

158. En consonancia con lo aquí expuesto, también se estima que acertadamente el Tribunal en el numeral tercero del fallo impugnado ordenó retrotraer el “concurso público abierto de méritos desde la etapa de elección, inclusive, del Personero Municipal de Ibagué, para lo cual, el Concejo Municipal de Ibagué, efectuará la elección para ocupar el empleo de Personero Municipal, por el periodo que finaliza el último día de febrero de 2020, conforme a la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué, el 3 de noviembre de 2017, atendiendo el principio y criterio de méritos”.

159. Lo anterior comoquiera que la irregularidad que dio lugar a la nulidad de la elección tuvo lugar en el momento en se efectuó la misma, no con anterioridad, por lo que no se justifica dejar sin efectos las restantes etapas del proceso que se adelantó, máxime cuando por las vicisitudes que se han presentado frente a dicha elección, el periodo institucional del cargo de personero está por finalizar, por lo que debe procurarse la designación correspondiente en el menor tiempo posible. Además, si el motivo por el cual se accede a la demanda presentada es el desconocimiento del principio del mérito, que en este caso se ve materializado en la lista de elegibles, sería contradictorio que se dispusiera dejar sin efecto la misma cuando en esta oportunidad no se ventilaron razones con tal propósito.

160. Esto aunado a que la conformación de la mencionada lista implica el reconocimiento de derechos para los integrantes de la misma, situación de suma importancia que debe considerarse a la hora de modular los efectos del fallo de nulidad electoral, que como puede apreciarse fue tenida en cuenta por el A quo y

<sup>100</sup> Folios 82-89 del cuaderno N° 1.

que está en consonancia con los criterios en la materia establecidos por esta Sección en la sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016<sup>101</sup>.

161. Es más, la orden de retrotraer el concurso para que se efectúe la elección conforme a la mencionada lista, también constituye una consecuencia de la aplicación de las normas que fueron desconocidas, los artículos 35 de la Ley 1551 de 2012 (que modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994) y 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, en la medida que establecieron la existencia de un concurso de méritos para llevar a cabo dicha elección teniendo en cuenta en estricto orden la lista de elegibles que se produzca.

162. Asimismo se observa que el *A quo* no ordenó el nombramiento del demandante en el referido cargo, sino que se efectuara la elección correspondiente de conformidad con la lista de elegibles, lo cual resulta acertado, en la medida que el Concejo Municipal de Ibagué en cabeza de quien está la facultad electoral, podría advertir situaciones distintas a las ventiladas en esta oportunidad, que objetivamente impidieran la elección de quien obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, razones que por supuesto jurídica y probatoriamente deben estar sustentadas como se ha explicado a lo largo de esta providencia, so pena de desconocer el principio rector de dicha elección. De manera tal que con la orden proferida se respeta la facultad de nominación legal y constitucionalmente asignada a la referida corporación de elección popular.

163. **En consecuencia**, no hay lugar a infirmar los numerales segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, ni tampoco el primero que acertadamente declaró no probadas las excepciones propuestas, por lo que se confirmarán los mismos.

### **2.3. Resolución del segundo problema jurídico – del análisis del inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué**

164. Finalmente, le corresponde a la Sala conforme a los argumentos de los recursos de apelación interpuestos, establecer si resulta procedente el análisis planteado por el juez de primera instancia respecto al inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué, en tanto a la vez que se inhibió para pronunciarse sobre los mismos, los inaplicó frente al análisis de elección acto acusado.

<sup>101</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de mayo de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28-000-2015-00029-00.

165. Para tal efecto se recuerda que mediante el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017, el Concejo Municipal de Ibagué durante el concurso de méritos estableció que en caso de que no se eligiera al primero de la lista de elegibles, se sometería a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta agotar aquélla si es necesario, y que mediante la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017, se modificó para el 27 de noviembre de 2017 la fecha de la citación a elección y nombramiento, debido a *"preocupaciones, dudas e incertidumbres jurídicas en torno a las presuntas inhabilidades e incompatibilidades y posibles conflicto de intereses de algunos aspirantes"*.

166. Sobre el particular la apoderada del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra en el escrito de apelación alegó que la decisión de inhibirse respecto a la legalidad de las anteriores disposiciones y a la vez inaplicarlas resulta incongruente, reproche que comparte totalmente la Sala, toda vez que una decisión inhibitoria implica que no hay lugar a realizar un pronunciamiento de fondo debido a que no existen los presupuestos para tal fin, por el contrario, cuando se inaplica una norma para un caso concreto, se está concluyendo que la misma es contraria a la Constitución o la ley, como se deprende del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011.

167. En este aspecto se evidencia que el juez de primera instancia para inaplicar los mencionados preceptos, de manera general y en extenso realizó consideraciones sobre el principio del mérito, la jurisprudencia constitucional sobre el mismo, el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015 sobre la elección de personeros, para concluir que tales criterios fueron desconocidos por el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017, por lo que salta a la vista que se efectuó un pronunciamiento de fondo sobre los mismos.

168. Por ende, se tiene que el *A quo* a la vez que se declaró inhibido para pronunciarse sobre la legalidad de las anteriores disposiciones, de manera contradictoria consideró que debía inaplicarse porque violaban al ordenamiento jurídico.

169. No obstante lo anterior, frente a la referida inaplicación no puede pasarse por alto, que pese a las consideraciones generales realizadas sobre el principio del mérito, el *A quo* no indicó de **manera clara, concreta y precisa** en qué medida el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017 desconocían la normatividad y jurisprudencia que invocó, por lo que no se advierte el cumplimiento mínimo de la carga argumentativa que corresponde cuando se alega que una norma en el análisis del caso *sub examine* debe inaplicarse. Por el contrario, a juicio de la Sala y teniendo en cuenta las consideraciones hasta aquí realizadas sobre la importancia de valorar de manera seria y suficiente las condiciones de elegibilidad de los concursantes, *prima facie*

se estima que la decisión de aplazar la fecha de elección debido a que no se tiene certeza de las condiciones de elegibilidad de los aspirantes es razonable, so pena que ante la premura del tiempo y la no resolución de las inquietudes existentes, se incurra en un error al hora de elegir al personero, por ejemplo, por violar el régimen de inhabilidades o el principio del mérito.

170. De igual forma, tampoco se estima que la precisión de la Resolución N° 397 de 2017, según la cual en caso de que no se eligiera al primero de la lista de elegibles, se sometería a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta agotar aquélla si es necesario, sea abiertamente contraria a la Constitución y la ley, en tanto fue el resultado de las vicisitudes que se han presentado frente a la elección del personero de Ibagué, entre las que se destaca que en un primer momento se anuló el acto de elección de quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles por violación del régimen de inhabilidades; que una vez reiniciado el concurso de méritos se discutió si existían razones objetivas para no elegir a quien obtuvo el mejor puntaje, lo cual como se ha ilustrado a lo largo de este proceso también es una alternativa viable (cumpliendo las exigencias pertinentes); y que debido a todos los inconvenientes presentados y el tiempo transcurrido, se hizo perentoria la necesidad de tomar una decisión sobre la elección de un cargo estrechamente relacionado con la protección de los derechos fundamentales.

171. De otro lado, en cuanto a la decisión inhibitoria, se observa que tuvo como sustento el hecho que el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017 son actos de trámite respecto del definitivo que es la elección, motivo por el cual es frente a este último que debe dirigirse la pretensión anulatoria, sin perjuicio del análisis correspondiente de las decisiones previas.

172. En este punto, al revisar las distintas actuaciones del proceso, en especial el auto admisorio de la demanda, se tiene que el *A quo* admitió ésta frente a la pretensión de la nulidad acto elección, y que expresamente indicó que **no** se admitía respecto a las peticiones de anular o inaplicar el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 de 2017 y la Resolución N° 415 de 2017, por ser actos de trámite, sin perjuicio del análisis que de los mismos pudiera efectuarse, de manera tal que las consideraciones que se hicieron sobre el tema en el fallo bajo los términos de decisión inhibitoria, a juicio de la Sala no eran necesarias, y por el contrario, provocaron la referida contradicción.

173. Lo expuesto lleva a **concluir** que hay lugar a revocar los numerales cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, mediante los cuales el Tribunal Administrativo del Tolima se inhibió y a la vez inaplicó los anteriores actos.



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

### III. RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** los numerales primero, segundo y tercero de la parte resolutiva de la sentencia del 28 de marzo de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por las razones expuestas en esta providencia

**SEGUNDO: REVOCAR** los numerales cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, mediante los cuales el juez de primera instancia se inhibió para pronunciarse e inaplicó el inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017 y la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué, esta última en lo que corresponde “*a la etapa de citación, elección y nombramiento*”.

**TERCERO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Presidente**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Magistrada**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Magistrada**



## NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

**Magistrada (E)**

### **NULIDAD ELECTORAL – No es el medio idóneo para controvertir la legalidad de actos de nombramiento dictados en sede de concursos públicos de méritos**

Debo precisar que si bien comparto la decisión a la que arribó el fallo, en mi criterio, el presente asunto no debió tramitarse vía medio de control de nulidad electoral sino de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho. (...). De acuerdo con lo anterior, en mi concepto, el nombramiento de los personeros, de conformidad con la normativa antes expuesta [artículo 4 del Decreto 2485 de 2014], no obedece al ejercicio de la función electoral y por el contrario se presenta en el ámbito del derecho laboral, pues se produce en el marco del concurso público de méritos en el cual no existe discrecionalidad del nominador a la hora de realizar el nombramiento que deberá recaer en el ganador; por tanto, la competencia para conocer de los procesos promovidos en su contra –del nombramiento- radica en la Sección Segunda de esta Corporación. (...). Así las cosas, cabe destacar que, por regla general, cuando se trate de nombramientos derivados de convocatorias públicas, en los términos del artículo 126 de la Constitución Política u otro semejante, por ejemplo, invitación pública, estaremos en presencia de un asunto de raigambre electoral porque en ellos existe un común denominador que son: i) la discrecionalidad del nominador para disponer sobre quién debe ser el llamado a ocupar el cargo y; ii) la expectativa del aspirante de ser tenido en cuenta para tal propósito en condiciones de igualdad, como variante del derecho a elegir y ser elegido (art. 40 C. P.). Aspecto diferente ocurre en los concursos públicos de méritos comoquiera que en tales eventos el nombramiento resulta impositivo y ajeno a discrecionalidad alguna del nominador y dada la existencia del derecho subjetivo que le asiste a al ganador del concurso de ser nombrado, esto por haber ocupado el primer lugar y cumplir los demás requisitos legales previstos para ocupar el cargo. La conclusión según la cual este asunto debió ser de conocimiento de la Sección Segunda de esta Corporación se advierte con mayor claridad cuando se encuentra que el actor obtuvo un restablecimiento “automático” con la decisión adoptada por la Sala, al respecto debe resaltarse que el medio de control de nulidad electoral no prevé restablecimiento alguno. (...). Todo lo dicho me sirve de fundamento para ratificar que la nulidad electoral no es el medio idóneo para controvertir la legalidad de actos de nombramientos dictados en sede de concursos públicos de méritos.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1551 DE 2012 – ARTÍCULO 35 / DECRETO 2485 DE 2014 – ARTÍCULO 4 / REGLAMENTO DEL CONSEJO DE ESTADO ACUERDO 080 DE 2019 – ARTÍCULO 13

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN QUINTA**



## ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintinueve (29) de julio de dos mil diecinueve (2019)

**Radicación número: 73001-23-33-000-2018-00204-03**

**Actor: EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ**

**Demandado: CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA - PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL**

### **ACLARACIÓN DE VOTO**

Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto respecto de la sentencia proferida por la Sala el 18 de julio de 2019 que confirmó la nulidad de la elección del demandado como Personero de Ibagué, para lo cual reiteraré el fundamento expuesto en mi aclaración del 11 de octubre de 2018 realizada en este mismo proceso.

1. Debo precisar que si bien comparto la decisión a la que arribó el fallo, en mi criterio, el presente asunto no debió tramitarse vía medio de control de nulidad electoral sino de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho.

En efecto, como lo prevé la Ley 1551 de 2012 en su artículo 35, modificadorio del 170 de la Ley 136 de 1994, para elegir personero municipal se requiere de la realización de “concurso público de méritos”.

Por su parte, el Decreto 2485 de 2014 en el **artículo 4º dispone que será elegido personero quien de conformidad con** “...los resultados de las pruebas (...) la persona que ocupe el primer puesto de la lista”.

De acuerdo con lo anterior, en mi concepto, el nombramiento de los personeros, de conformidad con la normativa antes expuesta, no obedece al ejercicio de la función electoral y por el contrario se presenta en el ámbito del derecho laboral, pues se produce en el marco del concurso público de méritos en el cual no existe discrecionalidad del nominador a la hora de realizar el nombramiento que deberá recaer en el ganador; por tanto, la competencia para conocer de los procesos promovidos en su contra –del nombramiento- radica en la Sección Segunda de esta Corporación.



Lo anterior, en obedecimiento del art. 13 del Acuerdo No. 080 de 2019<sup>102</sup>:

**“Sección Segunda:**

1-. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.

2-. Los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo.

(...)

4-. Los procesos contra los actos de naturaleza laboral expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social" (Subrayas fuera de texto original).

Así las cosas, cabe destacar que, por regla general, cuando se trate de nombramientos derivados de convocatorias públicas, en los términos del artículo 126 de la Constitución Política u otro semejante, por ejemplo, invitación pública, estaremos en presencia de un asunto de raigambre electoral porque en ellos existe un común denominador que son: **i) la discrecionalidad del nominador** para disponer sobre quién debe ser el llamado a ocupar el cargo y; **ii) la expectativa del aspirante** de ser tenido en cuenta para tal propósito en condiciones de igualdad, como variante del derecho a elegir y ser elegido (art. 40 C. P.).

Aspecto diferente ocurre en los **concursos públicos de méritos** comoquiera que en tales eventos el nombramiento resulta impositivo y ajeno a discrecionalidad alguna del nominador y dada la existencia del **derecho subjetivo** que le asiste a al ganador del concurso de ser nombrado, esto por haber ocupado el primer lugar y cumplir los demás requisitos legales previstos para ocupar el cargo.

**2.** La conclusión según la cual este asunto debió ser de conocimiento de la Sección Segunda de esta Corporación se advierte con mayor claridad cuando se encuentra que el actor obtuvo un restablecimiento “automático” con la decisión adoptada por la Sala, al respecto debe resaltarse que el medio de control de nulidad electoral no prevé restablecimiento alguno.

---

<sup>102</sup> Reglamento del Consejo de Estado



Es necesario recordar que en el presente asunto el debate se suscitó porque el Concejo Municipal de Ibagué no nombró al primero de la lista de elegibles – demandante del proceso de la referencia- al considerar que existía “dudas” respecto de que estuviese inhabilitado porque al momento de su inscripción se desempeñaba como Contralor Departamental del Tolima y porque podía estar inciso en causal de conflicto de interés ya que la **ESAP** realizó el concurso del cual resultó ganador y el actor es profesor de esa escuela.

Así las cosas, era evidente desde la presentación de la demanda que si las pretensiones resultaban resueltas a favor de la parte actora, así el fallo expresamente no lo ordenara, el demandante se vería favorecido con un restablecimiento “automático”, pues al desvirtuarse las “dudas” que impidieron su nombramiento y al estar probado que ocupaba el primer lugar de la lista de elegibles que puso fin al concurso de méritos, lo único que deviene es su elección como Personero de Ibagué.

Debo recordarse que el ejercicio del medio de control de nulidad electoral e incluso de nulidad, no prevén el reconocimiento de restablecimiento de ningún orden y tampoco es procedente que el mismo se presente de manera automática, como ocurre en el presente asunto.

Todo lo dicho me sirve de fundamento para ratificar que la nulidad electoral no es el medio idóneo para controvertir la legalidad de actos de nombramientos dictados en sede de concursos públicos de méritos.

En los anteriores términos aclaro mi voto.

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Magistrada**