

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de la Secretaria General del Concejo Municipal de Montería / CORPORACIONES NOMINADORAS – Facultad de regulación ante ausencia de ley sobre mecanismo de convocatoria pública / SECRETARIO DE CONCEJO MUNICIPAL – Su elección debe estar precedida de una convocatoria pública / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[S]abido es que, salvo en lo que atañe a la designación del Secretario de los Concejos Municipales, no se ha expedido la ley que regula la convocatoria pública a la que alude el artículo 126 constitucional. Sin embargo, no se puede pasar por alto que, específicamente, en el artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 se estableció un párrafo transitorio en el que dispuso que esta tendría aplicación por analogía, precisamente, a aquellas designaciones a cargo de las corporaciones públicas. (...). Así las cosas, es claro que conforme con la norma en cita, hasta que se expida la ley correspondiente, a las designaciones que tengan a su cargo las corporaciones públicas debían aplicar, por analogía, lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018. (...). [P]or disposición constitucional desde el año 2015 las designaciones a cargo de las corporaciones públicas, entre las cuales se encuentran los concejos municipales deben estar precedidas de una convocatoria pública regulada por la ley, entidad que debe ceñirse a los postulados ahí expuestos. Es oportuno reiterar que esta Sección ha señalado que mientras no se expida la ley correspondiente, las corporaciones tienen cierto grado de discrecionalidad para realizar la designación respectiva; discrecionalidad que no significa arbitrariedad y que en todo caso implica que la designación debe estar precedida de una convocatoria pública, que no se asimila a un concurso de méritos, la cual, a su vez, deberá estar guiada y permeada por los principios constitucionales, toda vez que estos tienen aplicación directa. Sin embargo, por disposición legal, las corporaciones públicas deberán aplicar, por analogía, lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018 a la elección del secretario del concejo municipal, la cual debe estar precedida por una convocatoria pública la cual deberá ceñirse, en lo que sea compatible, por lo reglado en la Ley 1904 de 2018

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto al concepto de convocatoria, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00128-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre la normativa que rige el proceso de selección de los secretarios de Concejos Municipales, consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 11 de diciembre de 2018, radicación 2018-00234-00, C.P. Édgar González López. En cuanto a la interpretación del artículo 126 constitucional, consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de septiembre de 2016, radicación 70001-23-33-000-2016-00011-02, C.P: Alberto Yepes Barreiro y sentencia de 27 de octubre de 2016, radicación 63001-23-33-000-2016-00055-01 y 63001-23-33-000-2016-0043-00 (acumulado), C.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126 / ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 – ARTÍCULO 2 / LEY 1904 DE 2018 – ARTÍCULO 12 / EY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 37

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de la Secretaria General del Concejo Municipal de Montería / FUERZA MAYOR – No lo constituye la alegada incertidumbre para aplicar una ley / CONVOCATORIA – Sus reglas son de obligatorio cumplimiento / NULIDAD ELECTORAL – Confirma decisión pues la demandada no superó la prueba de conocimientos

A juicio del Concejo Municipal de Montería, el Tribunal Administrativo de Córdoba, al decidir sobre la nulidad del acta acusada, no tuvo en cuenta que se presentaron circunstancias de fuerza mayor que obligaron a la entidad a variar las reglas de calificación del concurso. En concreto, advirtió que (i) existía incertidumbre respecto de la aplicación de la Ley 1904 de 2018, puesto que los concejos municipales venían aplicando la Ley 136 de 1994 y sus reglamentos internos y que, (ii) se presentaron resultados inesperados en la medida en que solo un participante calificó en la prueba de conocimientos. (...). El Concejo de Montería considera fuerza mayor a “la incertidumbre” respecto de la aplicación de la Ley 1904 de 2018, pues los concejos municipales venían aplicando la Ley 136 de 1994 y sus reglamentos internos en los procesos de elección de los secretarios de dichas corporaciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, la referida incertidumbre no es un hecho constitutivo de fuerza mayor, en la medida en que la expedición de dicha ley no es un hecho imprevisible o irresistible o ajeno a la actividad. Por el contrario, como se dejó claro en capítulos precedentes, y como acertadamente lo indicó el Tribunal en la sentencia objeto de apelación, al momento en que se dio apertura al proceso de selección del Secretario del Concejo de Montería estaba vigente la Ley 1904 de 2018 y, en consecuencia, el parágrafo transitorio del artículo 12, que imponía la aplicación analógica de la referida ley. Y tal como se encuentra probado en el expediente, el Concejo demandado inició el proceso de convocatoria conforme los parámetros de la referida ley, para luego variar las reglas de la convocatoria, sin explicación alguna, fundado en una supuesta incertidumbre, que evidentemente no se presentó. (...). En lo concerniente a la fuerza mayor por la recepción de resultados inesperados, fundado en que solo un participante calificó en la prueba de conocimientos, la Sala se permite efectuar las siguientes precisiones. (...). En relación con la prueba de conocimientos académicos, está demostrado, (...) que la prueba de conocimientos fue aprobada por los señores César Gonzalo Solórzano Riaño (85 puntos) y Luis Carlos Pérez Mendoza (80 puntos), situación que de facto descarta el argumento planteado por el Concejo apelante, en cuanto dice que solo un aspirante aprobó la prueba de conocimientos. También se encuentra acreditado que la demandada no alcanzó la puntuación mínima requerida, habida cuenta que obtuvo tan solo 70 puntos, pese a que en la convocatoria se señaló que ese ítem- conocimientos académicos- se aprobaría con 75 puntos. (...). De ahí que, para la Sala, la señora Mejía Usta no podía continuar dentro del proceso de selección y, mucho menos, podía ser nombrada como secretaria del Concejo de Montería, en la medida en que no alcanzó la puntuación mínima requerida para continuar participando en la convocatoria. La Sala considera que si la consecuencia de no haber alcanzado la puntuación mínima en la prueba de conocimientos era la exclusión del procedimiento de selección no era posible, ni viable, que aquella fuera designada como secretaria del concejo. De hecho, respecto de ella no podían aplicarse las demás fases de la convocatoria, esto es, las fases ponderadas y la entrevista, debido a que no superó la prueba de conocimientos, en los términos de la convocatoria, era la que tenía carácter eliminatorio y la que determinaba quién podía seguir participando de la misma. (...). Al respecto, es oportuno precisar que la decisión de cambiar las reglas de la convocatoria, sin justificación alguna, vicia de nulidad el acto de nombramiento, en la medida en que, como bien lo ha dicho esta Sala, la convocatoria es norma reguladora del proceso de selección y es de obligatorio cumplimiento tanto para la entidad como para los participantes. (...). Y si bien puede ser objeto de modificaciones, estas deben estar justificadas y deben propugnar por la protección de los derechos de los participantes, en aras de que aquellos no resulten desconocidos a raíz de las modificaciones. (...). En esta oportunidad, no se advierte la configuración de alguno de los eventos excepcionalísimos que permitan la modificación de la convocatoria. (...). Conforme

con lo anterior, al encontrarse acreditado que las normas de la convocatoria fueron modificadas sin justificación alguna y que dicho cambio benefició a una concursante que no había superado la prueba eliminatoria de conocimientos, en detrimento de quienes sí superaron la referida prueba, para la Sala se impone la confirmatoria de la decisión que declaró la nulidad del Acta No. 182 de 2018, proferida por el Concejo de Montería, mediante la cual se designó a la señora María Angélica Mejía Usta como Secretaria de dicha corporación para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2019.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a la fuerza mayor, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de marzo de 2000, radicación 11.670, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Acerca del hecho de que los términos de la convocatoria son de obligatorio cumplimiento para las partes, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00128-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro y sentencia de 13 de junio de 2019, radicación 2019-00602-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Con respecto a la posibilidad de modificar los términos de una convocatoria, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00128-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126 / CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO – ARTÍCULO 64 / LEY 1904 DE 2018 – ARTÍCULO 6

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección de la Secretaria General del Concejo Municipal de Montería / SECRETARIO DE CONCEJO MUNICIPAL – Declarada la nulidad de su elección, el proceso se continúa desde cuando se configuró la irregularidad

La señora Luz Piedad Vélez López adujo, en el recurso parcial de apelación, que el numeral cuarto de la sentencia debía revocarse, por cuanto no debía disponerse la realización de un nuevo proceso de elección para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2019, en tanto la actuación debe rehacerse desde el momento en que se configuró la irregularidad, esto es, con la expedición de la Resolución No. 788 de 2018, que publicó los resultados de las pruebas. (...). Para la Sala, una vez declarada la nulidad del acto electoral acusado, lo pertinente era ordenar a la Corporación demandada la realización de un nuevo proceso de elección, pero esta vez por el periodo restante, contado a partir de la firmeza de la sentencia de nulidad, habida cuenta que se encontró plenamente identificado el momento a partir del cual se produjo el yerro. (...). En efecto, esta Sala ha considerado que, de ser posible la identificación del momento en el que se produce la irregularidad dentro del proceso de elección, se puede continuar con el proceso a partir de lo no afectado por la irregularidad en el trámite. En esta oportunidad, pudo advertirse que la irregularidad en el proceso de elección se dio con ocasión no de la Resolución No. 788 de 16 de noviembre de 2019 (folio 102), mediante la cual se publicaron los resultados de la prueba de conocimientos en el procedimiento de la convocatoria pública y se citó a los preseleccionados a entrevista, sino a partir de la publicación de la lista de admitidos y no admitidos contenida en la Resolución No. 775 de 10 de noviembre de 2018, en la que se incluyó como admitidos a aspirantes que no superaron la prueba de conocimientos, lo que evidentemente desconoce las normas de la convocatoria y el principio del mérito. Para la Sala, entonces, le asiste la razón a la recurrente en cuanto que el proceso debe retomarse a partir de que se configuró la irregularidad.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a las consecuencias que se pueden derivar de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su

expedición, cuando no se modulen los efectos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de unificación de 26 de mayo de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00029-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 23001-23-33-000-2019-00010-01 (23001-23-33-000-2019-00006-01)

Actor: LUZ PIEDAD VÉLEZ LÓPEZ Y OTROS

Demandado: MARÍA ANGÉLICA MEJÍA USTA- SECRETARIA DEL CONCEJO MUNICIPAL DE MONTERÍA

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Reglas de convocatoria. Obligatoriedad. Elección de secretarios de concejos municipales. Normas aplicables

Sentencia de segunda instancia

La Sala resuelve los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del Concejo del Municipio de Montería y de la demandante Luz Piedad Vélez López contra la sentencia de 18 de julio de 2019, por medio de la cual la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba accedió a las pretensiones del medio de control de la referencia y decretó la nulidad del Acta N° 182 del 27 de noviembre de 2018, por medio de la cual el Concejo Municipal de Montería nombró a la señora María Angélica Mejía Usta como Secretaria General de dicha corporación para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2019.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda y sus pretensiones

De manera independiente y separada los ciudadanos Luis Carlos López Fuentes y Andrés Felipe Pérez Posada, en su calidad de concejales de Montería, y la ciudadana Luz Piedad Vélez López, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, demandaron la nulidad del Acta N° 182 del 27 de noviembre de 2018, ya referida.

Para el efecto, los señores Luis Carlos López Fuentes y Andrés Felipe Pérez

Posada presentaron la siguiente pretensión:

“PRIMERA: *Decretar la nulidad del acto de elección contenido en el acta 182 de 27 de noviembre de 2018 por medio del cual se eligió la Secretaria General del Concejo Municipal de Montería, para el periodo de 1ro de enero a 31 de diciembre de 2019.*

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA: *Como consecuencia de lo anterior, hasta que se realicen las elecciones del secretario general del concejo municipal de Montería de acuerdo a las disposiciones legales, ya que el reglamento de la corporación lo permite, que el secretario del concejo para el periodo 2018 continúe ejerciendo las funciones correspondientes.*

SEGUNDA: *Una vez se decrete la nulidad del acto de elección contenido en el acta 182 de 27 de noviembre de 2018, se ordene a la mesa directiva del Concejo Municipal de Montería a realizar nuevamente la convocatoria para la elección del secretario general del concejo periodo 2019.*

TERCERA: *Decretar la suspensión provisional del acto de elección contenido en el Acta 182 del 27 de noviembre de 2018 por medio del cual se eligió a la Secretaria General del Concejo Municipal de Montería para el periodo del 1ro de enero a 31 de diciembre de 2019.”*

Por su parte, la señora Luz Piedad Vélez López solicitó:

“1. Que se declare la **NULIDAD ELECTORAL, del acto de elección del SECRETARIO (a) GENERAL DEL CONCEJO DE MONTERÍA, para el periodo 1 de Enero a 31 de Diciembre de 2019, contenida en el **ACTA DE SESIÓN PLENARIA DEL CONCEJO MUNICIPAL DE MONTERÍA, expedida por la PLENARIA del CONCEJO MUNICIPAL DE MONTERÍA**, sometido a control directo.**

2. Que como consecuencia de lo anterior, se declare la **NULIDAD de la **RESOLUCIÓN No. 788 de 16 de noviembre de 2018**, que publicó los resultados de la prueba de conocimiento en el proceso de convocatoria, **RESOLUCIÓN No. 792 de 2018** del 21 de noviembre de 2018, que publica la lista de elegibles y da un término de 1 día para interponer reclamos y la **RESOLUCIÓN No. 800 de 2018 del 26 de noviembre de 2018**, que publica la lista de elegibles y da un término de 1 día para interponer reclamos y la **RESOLUCIÓN No. 800 de 2018**, que publica la lista de elegibles y la remite a la plenaria para la elección, sometidas a control indirecto.**

3. Que una vez declaradas las NULIDADES SOLICITADAS, por las causales manifestadas, en especial la del numeral 3 del artículo 275 del CPACA, se sirva morigerar los efectos y se retome el proceso de ELECCIÓN adelantado mediante la RESOLUCIÓN No. 784 de 2018, a partir del momento en que se publican los resultados (momento en que se produce la nulidad) y se realice LA ELIMINACIÓN propia de la prueba de CONOCIMIENTOS ACADÉMICOS, contenida en la RESOLUCIÓN No. 784 de 2018, que reglamenta la convocatoria y se siga adelante con el proceso de ELECCIÓN con los aspirantes aprobados.”

1.2. Hechos

Aunque las demandas se presentaron de manera separada, los demandantes fundamentaron su escrito introductorio en supuestos fácticos similares, que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

- 1.2.1. El 3 de noviembre de 2018, el Concejo de Montería abrió convocatoria pública a través de la Resolución N° 784 de 2018 para proveer el cargo de secretario del Concejo Municipal de Montería. En dicha resolución se determinó que la convocatoria tendría las siguientes etapas: i) una prueba de conocimientos con carácter eliminatorio y que se aprobaría con 75 puntos sobre 100; ii) factores de ponderación como la experiencia, la competencia, la actividad docente, la producción de obras en el ámbito fiscal y la aptitud específica para el ejercicio del cargo y el desempeño de la función; y, iii) una entrevista.
- 1.2.2. Según el reporte dado por la Universidad Pontificia Bolivariana, que aplicó las pruebas de conocimientos, la demandada obtuvo tan solo 70 puntos. Sin embargo, fue incluida dentro de la lista de admitidos, así como varias personas que no superaron el límite mínimo fijado en la convocatoria.
- 1.2.3. El 21 de noviembre de 2018, mediante Resolución 792, se publicó la lista de elegibles.
- 1.2.4. El 23 de noviembre de 2018, el concejal Luis Carlos López solicitó a la plenaria la constitución de una comisión de acreditación tal y como lo exigía la Ley 1904 de 2018, aplicable al presente proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo del artículo. Sin embargo, la misma no se constituyó.
- 1.2.5. El 27 de noviembre de 2018, día en el que se llevaría a cabo la designación del Secretario del Concejo varios concejales decidieron retirarse de la votación por considerar que el procedimiento adolecía de varias irregularidades, como, por ejemplo, que en la lista de elegibles continuaran personas que no superaron la prueba de conocimientos. Pese a lo anterior, la designación continuó, de forma que se eligió a la señora María Angélica Mejía como secretaria del concejo municipal para el año 2019.

1.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

1.3.1. Expediente 2019-00006

- **Infracción de norma superior**, entre ellas la Ley 1904 de 2018, la Circular 04 de 2018 proferida por la Federación Nacional de Concejos -FENACON-, el artículo 126 de la Constitución y la Resolución N° 784 de 3 de noviembre de 2018 a través del cual el concejo municipal convocó para proveer el cargo de secretario de dicha corporación. En este sentido, la parte actora explicó que las citadas normas fueron desconocidas, debido a que el Concejo de Montería permitió la participación de la demandada pese a que

no aprobó la prueba de conocimientos con el puntaje exigido en la convocatoria. Adicionalmente, porque la calificación asignada en la entrevista no correspondía a la experiencia y educación, toda vez que existían candidatos con mejores calidades que la demandada.

- **Falta de competencia:** Según la Ley 1904 de 2018 y la Circular 04 de 2018 de FENACON¹ el procedimiento de elección del secretario general debía ser adelantado por la mesa directiva y una comisión de acreditación. Sin embargo, en el caso concreto no se nombró la citada comisión, sino que toda la actuación se llevó a cabo por la mesa directiva.
- **Violación al debido proceso:** porque se desconoció el procedimiento fijado por lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018, la Circular N° 04 de 2018 expedida por FENACON y la Resolución N° 784 de 03 de noviembre de 2018 expedida por el Concejo de Montería, por cuanto no se acataron los resultados de las pruebas de conocimientos y se permitió la continuidad en el proceso de participantes que no aprobaron dicha prueba.

1.3.2. Expediente No. 2019-00010

- **Infracción de las normas en que debía fundarse,** por cuanto, para adelantar el proceso de elección del secretario del concejo debía atenderse lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018 y la circular 04 de 2018 de Fenacon. No obstante lo anterior, advirtió el actor que el Concejo Municipal de Montería realizó una prueba de conocimiento a la que, posteriormente, no le otorgó validez, habida cuenta que los resultados de la prueba muestran que la señora María Angélica Mejía Usta ocupó el sexto lugar en las mismas, sin aprobarlas y, aun así resultó elegida, pese a haber más candidatos con mayor experiencia y mejores resultados.

También adujo que se vulneraron las normas superiores, por cuanto, con posterioridad a la práctica de la prueba de conocimiento del 15 de noviembre de 2018, y a la expedición de la Resolución No. 788 de 2018, que publicó los resultados de la prueba de conocimiento, la mesa directiva del Concejo Municipal de Montería expidió la lista de elegibles desconociendo que el artículo 7 de la Ley 1904 de 2018 fijó la competencia, en ese aspecto, en cabeza de una comisión accidental de la corporación que adelanta el proceso electoral.

- **Falta de competencia,** en tanto la mesa directiva del concejo municipal adelantó todo el procedimiento para la elección de la Secretaria General de la Corporación, siendo que por mandato de la Ley 1904 de 2018 y la circular de FENACON, el procedimiento debió ser adelantado por la mesa directiva y una comisión accidental de acreditación. Así, entonces, la mesa directiva se atribuyó una competencia que para el proceso de elección es compartida.

¹ Sobre la elección de Secretarios de Concejos Municipales y la aplicación de la Ley 1904 de 2018.

- **Violación al debido proceso**, pues con la expedición del acto de elección de la Secretaria General del Concejo, se desconoció el procedimiento dispuesto por la ley 1904 de 2018, la circular de Fenacon que lo hace vinculante y la Resolución No. 784 del 3 de noviembre de 2018, expedida por el mismo Concejo de Montería, *“por medio del cual se efectúa la convocatoria pública para la elección del (la) secretario (a) general del concejo municipal de Montería, periodo 2019”*.

1.4. Trámite procesal

1.4.1. Expediente No. 2019-00006

- La demanda fue radicada en los Juzgados Administrativos de Montería. Sin embargo, mediante auto del 14 de diciembre de 2018, el Juzgado Séptimo Administrativo Oral del Circuito de Montería declaró la falta de competencia para conocer del asunto de la referencia con fundamento en el numeral 9º del artículo 155 del CPACA y, por consiguiente, remitió el expediente al Tribunal Administrativo de Córdoba.
- Mediante auto del 22 de enero de 2019, el magistrado ponente en el tribunal admitió la demanda y fundó su competencia para conocer del asunto de la referencia en lo reglado en el numeral 8º del artículo 152 del CPACA, por tratarse de una entidad capital de departamento. Asimismo, negó la suspensión provisional del acto acusado.
- Por auto del 6 de febrero de 2019, el magistrado ponente en el tribunal decidió dejar sin efectos todo lo actuado a partir del auto del 22 de enero de 2019, pues tratándose de los procesos electorales el auto admisorio con suspensión provisional es competencia de la Sala y no del Ponente.
- Mediante auto del 19 de febrero de 2019, el Tribunal Administrativo de Córdoba admitió la demanda de la referencia y decretó la suspensión provisional del acto acusado. Como sustento de esta última decisión señaló que revisada la Resolución N° 784 de 3 de noviembre de 2018 *“por medio de la cual se efectúa la convocatoria pública para la elección del (la) Secretario general del concejo de montería periodo 2019”* se encontró que en su artículo 24 se determinó que la prueba de conocimientos tendría carácter eliminatorio y se aprobaría con 75 puntos de 100; aspecto que tenía sustento en lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley 1904 de 2018, normativa aplicable al presente caso por analogía.
- Por medio de auto de 25 de abril de 2019, esta Sala confirmó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Córdoba.

1.4.2. Expediente No. 2019-00010

- La demanda fue radicada en el Tribunal Administrativo de Córdoba, el 29 de enero de 2019.
- Mediante auto del 7 de febrero de 2019, el magistrado ponente del tribunal inadmitió la demanda y ordenó subsanarla. En el término, la parte demandante cumplió con el requerimiento del director del proceso, consistente en indicar la dirección de notificación personal de la demandada (Art. 277 numeral 1º literal a del CPACA) y el escrito introductorio fue finalmente admitido por auto del 15 de febrero de 2019.
- El Tribunal fundó su competencia para conocer del asunto de la referencia en lo reglado en el numeral 8º del artículo 152 del CPACA, por tratarse de una entidad pública de una capital de departamento.
- Mediante auto del 9 de abril de 2019 se dispuso la acumulación de los procesos 230012333000201900010 y 23001233300010190006, correspondiéndole el número 230012333000201900010 y la continuidad del trámite al magistrado Luis Eduardo Mesa Nieves.

1.5. Contestaciones de la demanda

Aunque las contestaciones de la demanda se presentaron de manera independiente para cada uno de los procesos acumulados; por efectos metodológicos y atendiendo a que los argumentos planteados son idénticos estos se reseñarán de manera conjunta, así:

1.5.1. María Angélica Mejía Usta

La demandada contestó y se opuso a las pretensiones. A continuación, presentó las siguientes excepciones:

- i) Indebida integración del acto administrativo. Por cuanto si bien se demanda la nulidad del Acta 182 del 27 de noviembre de 2018, por la cual fue elegida, el escrito no difiere entre lo acontecido y lo consignado en tal acta, sino que se refiere a aquellos actos administrativos previos al mismo². De forma tal que las nulidades expresadas en la demanda se refieren a las decisiones preparatorias del acto electoral demandado y no al desarrollo de la elección efectuada en la sesión de 28 de noviembre de 2018.
- ii) Incapacidad para ser parte del Concejo de Montería – Ausencia de presupuestos procesales. En la medida en que se demandó al Concejo de Montería, pese a que el Consejo de Estado ha señalado que los mismos no tienen personería jurídica y, por tanto, carecen de capacidad para ser demandado. Que, en consecuencia, las pretensiones debían dirigirse en contra del municipio.

² Como, por ejemplo, la resolución de convocatoria, la publicación de los resultados de la prueba de conocimientos, la publicación de la lista de admitidos.

iii) Legalidad del acto demandado, en tanto no existe contradicción entre el acto demandado y las normas indicadas como transgredidas en la demanda, dado que el acto de elección de la Secretaria General fue expedido en legal forma, por la autoridad competente, con asistencia y participación el quorum requerido en cumplimiento del correspondiente orden del día, cuyo desarrollo obra en el acta debidamente publicada y la elegida no se encuentra incurso en ninguna causal de inhabilidad. Y, a continuación, expuso que se trató de un proceso de designación que, por sustracción de materia, no requirió de la aplicación de criterios eliminatorios, por haber participado un número de ciudadanos inferior al mínimo exigido en la ley.

iv) Inexistencia de la causal de nulidad invocada. Al respecto, dijo que no existió vulneración del artículo 29 de la CP., pues dentro de los actos administrativos demandados se observa claramente que no es la Universidad Pontificia Bolivariana la encargada de publicar los resultados de la prueba.

Finalmente, en lo concerniente a la omisión en la conformación de una comisión accidental establecida en los artículos 7 y 8 de la Ley 1904 de 2018, indicó que teniendo en cuenta que el número de participantes en la convocatoria fue inferior a 20 personas, pues había una participación de aspirantes inferior a 10, la existencia de dicha comisión era innecesaria, por sustracción de materia.

1.5.2 Concejo Municipal de Montería

El apoderado del Concejo Municipal de Montería se opuso a las pretensiones de la demanda.

Expuso que los Concejos Municipales históricamente habían efectuado la elección de secretarios generales por medio de convocatorias públicas realizadas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 136 de 1994 y sus propios reglamentos internos. Que, no obstante, la nueva disposición contenida en la Ley 1904 de 2018 provocó una situación de incertidumbre jurídica, debido a que existe una falta de regulación expresa sobre la elección de secretarios generales de concejos municipales y la posibilidad de la utilización de facultades discrecionales por parte de estas corporaciones para llevar a cabo los procedimientos de elección de dichos funcionarios.

Adujo que en las etapas 4 y 5 del proceso de selección (publicación de la lista preliminar de aspirantes admitidos y no admitidos y presentación de reclamos de no admitidos), se produjo una situación y, con el fin de salvaguardar el proceso y de garantizar la pluralidad de participantes, la corporación decidió ponderar entre los resultados obtenidos por los aspirantes en la prueba de conocimientos y los factores de idoneidad y capacidad de cada participante, de acuerdo con sus hojas de vida y experiencia profesional. Indicó que, en todo caso, esa evaluación de factores tuvo respaldo en lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 6 de la Ley 1904 de 2018, que disponen que el criterio del mérito prevalecerá sobre otros factores, pero que no será el único a tener en cuenta al momento de realizar la escogencia.

Agregó que en ninguna norma se prohíbe la ponderación de los factores de idoneidad, por lo que efectuarla no contraría la ley. Que, además, la misma se realizó en virtud de la facultad discrecional de la entidad, tendiente a proteger el patrimonio de la misma y la oportunidad de elección de un funcionario, ya que sostiene que se había firmado contrato con la Universidad Pontificia Bolivariana de Montería y la el Concejo de Montería se encontraba en los últimos días de sesiones ordinarias del año 2018.

Que, entonces, el panorama presentaba dos opciones: la primera, declarar desierto el proceso y perder el dinero y el tiempo invertidos y, la segunda, aplicar los criterios de ponderación antes de la eliminación de los aspirantes, habiendo escogido la mesa directiva esta última opción, por ser la más democrática, transparente y económica.

1.5.3 Municipio de Montería

Luego de un recuento de los hechos, manifestó que la controversia se concretaba a que, de una misma disposición, podían surgir dos interpretaciones posibles, plenamente válidas y ajustadas al ordenamiento jurídico.

Que, en efecto, es necesario que en el presente caso se estudie la legalidad del acto con fundamento en la interpretación que más se ajuste a los postulados de la Constitución, en especial al artículo 126, que dispone que la elección de los servidores públicos atribuida a las Corporaciones Públicas deberá estar precedida por una convocatoria reglada en la ley, sin distinciones de ningún tipo. Explicó que el referido artículo abre la puerta a diversos criterios de interpretación, entre ellos, el de especialidad de la norma, que, en ponderación con el de temporalidad, se impone, pues salvaguarda la legalidad de un acto frente a las normas propias de cada procedimiento administrativo.

Finalmente, expuso que la aplicación analógica de la norma supone, entre otros, la existencia de un vacío y la identidad en los elementos sustanciales frente a los supuestos normativos a aplicar, circunstancias que considera deben ser plenamente acreditadas en el curso del proceso.

1.6. Fijación del litigio

Mediante audiencia inicial celebrada el 11 de julio de 2019, el magistrado ponente fijó el litigio en los siguientes términos:

“Determinar si se encuentra viciada de nulidad el Acta 182 de 27 de noviembre de 2018, que contiene la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Montería, en la cual se realizó la elección de la Secretaria General de dicha Corporación para el periodo de 01 de enero a 31 de diciembre de 2019, por la presunta infracción de las normas en las que debía fundarse, falta de competencia, violación del derecho al debido proceso, a elegir y ser elegido, al principio de legalidad, falsa motivación, desviación de las

atribuciones propias de quien profirió los actos y por configuración de la causal referente a que los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.”

En cuanto al decreto de las pruebas, dio mérito a las documentales aportadas por las partes y, teniendo en cuenta que no hubo solicitud de decreto de pruebas adicionales y que no era necesario de oficio solicitarlas, prescindió de la etapa probatoria, en virtud de lo establecido en los artículos 283 y 179 del CPACA.

1.7. La sentencia apelada

Mediante sentencia de 18 de julio de 2019, el Tribunal Administrativo de Córdoba resolvió:

“PRIMERO: Levantar la medida cautelar de suspensión provisional del Acta 182 de 27 de noviembre de 2018, decretada mediante auto de 19 de febrero de 2019, por lo expuesto en la parte considerativa.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones de ‘legalidad del acto demandado’, ‘inexistencia de la causal de nulidad invocada’, ‘legalidad del acto en virtud de aplicación analógica y facultades discrecionales del Concejo Municipal de Montería’, conforme la motivación.

TERCERO: Declarar la nulidad del Acta 182 de 27 de noviembre de 2018, mediante el cual (sic) resultó elegida la señora María Angélica Mejía Usta, como Secretaria General del Concejo de Montería para el periodo de 1º de enero a 31 de diciembre de 2019, conforme las razones expuestas en la motivación.

CUARTO: En consecuencia, el Concejo Municipal de Montería, deberá proceder nuevamente a realizar la elección del citado cargo de secretario para el periodo de 1º de enero a 31 de diciembre de 2019, conforme las normas vigentes, teniendo en cuenta que el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2019, fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

QUINTO: Ejecutoriada esta decisión, archívese el proceso.”

Los fundamentos tenidos en cuenta para la referida decisión, son los siguientes:

Consideró el Tribunal que la Ley 1904 de 2018 sí podía aplicarse por analogía al presente asunto, lo que no ocurría con la Circular No. 04 de 2018 de la Federación Nacional de Concejos y Concejales – Fenacon, pues esta última es un concepto emitido por una agremiación, que no resulta vinculante, como sí ocurre con la ley citada.

Advirtió que la aplicación analógica de dicha norma también fue objeto de pronunciamiento por parte de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de

Estado que, en concepto rendido el 11 de diciembre de 2018, advirtió que en los procesos de elección de los Secretarios Generales de los Concejos Municipales era procedente la remisión a lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018.

En consonancia con lo dispuesto en los artículos 7 y 8 de la Ley 1904 de 2018, y de acuerdo con el material probatorio hallado en el proceso, el Tribunal consideró configurada la falta de competencia del Concejo de Montería para proferir los actos administrativos contentivos de la lista de elegibles de los participantes en el proceso de elección del secretario general, pues dicha competencia radica en cabeza de una comisión accidental, pues así lo dispone el artículo 7 mencionado.

Consideró el Tribunal que la intervención de la comisión accidental para definir la lista de elegibles es una expresión del derecho a la participación, si se tiene en cuenta que aquella está conformada por un miembro de cada partido político con representación en el concejo. De forma tal que si bien la mesa directiva podía expedir el acto contentivo de la lista de elegibles, no es menos cierto que la comisión tenía una participación en dicho procedimiento, de manera que al no conformar la lista con estos criterios se vulneró lo dispuesto en el artículo 7 ibídem.

En cuanto a las falencias atribuidas a la publicación de los resultados o puntajes en la prueba de conocimientos practicada, se tiene que, en efecto, se suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión No. 040-2018 con la Universidad Pontificia Bolivariana, a fin de que dicha institución actuara como operador para practicar y evaluar la prueba técnica de conocimientos requerida para el desarrollo de la convocatoria pública para proveer el cargo en mención, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 1904 de 2018 y el artículo 3 de la Resolución No. 784 de 3 de noviembre de 2018.

Advirtió que, revisado el plenario, no se encontró probado que con la Resolución No. 788 del 16 de noviembre de 2018 se publicara el resultado o puntaje obtenido por cada uno de los participantes, actuación que era responsabilidad del Concejo de Montería, en aras de garantizar el principio de transparencia, máxime cuando se trataba de una convocatoria pública para proveer una vacante en dicha corporación. Que esto resulta importante en la medida en que a partir de los resultados publicados en la referida resolución, no era posible determinar cuáles de los participantes habían superado la prueba de conocimientos que, por demás, tenía el carácter de eliminatorio, más si se aplicaron los criterios de ponderación, cuyo criterio tampoco se definió.

En este punto, el Tribunal acogió el dicho del demandante, en tanto consideró que el criterio de ponderación debió aplicarse a los participantes que superaron la prueba de conocimientos. Adujo que, de acuerdo con el artículo 5 de la Ley 1904 de 2018 los referidos criterios son la formación profesional, la experiencia, la competencia, la actividad docente, la producción en obras en el ámbito fiscal y la aptitud específica para el ejercicio del cargo y el desempeño de la función.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal consideró que la señora María Angélica

Mejía Usta no superó la prueba de conocimientos, por cuanto no alcanzó los 75 puntos exigidos en la convocatoria, como sí ocurrió con otros participantes. De manera que no era viable aplicar a aquella los factores de ponderación.

Luego de la transcripción de los resultados obtenidos por los aspirantes, el Tribunal consideró que si se aplicaran de forma estricta las reglas de la convocatoria, solo el aspirante César Gonzalo Solórzano Riaño aprobó la prueba eliminatoria de conocimientos y, por tanto, solo a aquel le eran aplicables los criterios de ponderación.

También dijo el *a quo* que no comparte lo expuesto por el Concejo Municipal, cuando adujo que, con el fin de salvaguardar el proceso y garantizar la pluralidad de participantes, decidió efectuar la ponderación entre los resultados de la prueba de conocimientos con los factores de idoneidad y capacidad contenidos en las hojas de vida y la experiencia, pues, en la Resolución 784 de 2018 que estableció las reglas del proceso de elección se dejó claramente sentado qué carácter tenía cada una de las pruebas.

Que tampoco era de recibo el argumento relacionado con que se aplicaron criterios de ponderación con anterioridad a la eliminación de los aspirantes, en virtud de una facultad discrecional tendiente a proteger el patrimonio de la entidad y la oportunidad en la elección del funcionario, pues ello no estaba contemplado en la convocatoria pública, norma que regulaba todo el proceso de selección. De manera que, al haber procedido de aquella forma, se vició de nulidad el acto de elección, al configurarse una falsa motivación.

Indicó el Tribunal que la Resolución No. 784 de 2018, por la cual se efectuó la respectiva convocatoria pública en el caso objeto de estudio, dispuso claramente que aquella sólo podía modificarse por la mesa directiva del Concejo Municipal, previa autorización de la plenaria, lo que no ocurrió en esta oportunidad, en tanto se modificó la aplicación de los criterios de ponderación, para efectuarla antes de la eliminación de los aspirantes que no superaron la prueba de conocimientos, sin que se encuentre probada la autorización de la plenaria del Concejo y, segundo, en una etapa posterior al inicio de las inscripciones, contraviniendo lo reglado.

Finalmente, en lo que respecta al cargo relacionado con la alteración de documentos electorales y que esto haya llevado a la modificación de los resultados en el proceso de elección, dijo el Tribunal que no se estructuraba la causal, habida cuenta que no es que se hubieren modificado los documentos electorales, sino que como consecuencia de la interpretación del ente demandado se obtuvieron unos resultados distintos en los puntajes de los participantes, consecuencia de la aplicación anticipada de los criterios de ponderación.

1.8. Los recursos de apelación

1.8.1. Del Concejo de Montería

El apoderado judicial del Concejo de Montería pidió que se revocara la sentencia de 18 de julio de 2019, por cuanto, a su juicio, el Tribunal erró al valorar las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se tomó la decisión que fue objeto de reproches, pues no le dio relevancia a los motivos de fuerza mayor que motivaron a la mesa directiva del Concejo Municipal para introducir una variación a las reglas de la convocatoria. Dicha fuerza mayor la justificó en que la elección del secretario debía realizarse forzosamente en los últimos diez días del último periodo de sesiones ordinarias del concejo, esto es, a más tardar el 30 de noviembre de 2018 y que, por ende, al 16 de noviembre de 2018, fecha en la que se conocieron los inesperados resultados, no había posibilidad física de reiniciar el proceso, antes que las sesiones finalizaran.

Insistió en que el proceso de selección se desarrolló bajo un panorama de incertidumbre a nivel nacional, relacionado con la obligación o no de aplicar lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018, cuyo objeto es reglamentar el proceso de elección del Contralor General de la República.

De ahí que se desarrollara una situación imprevisible, irresistible y ajena a la voluntad de la corporación dentro de las etapas 4 y 5 del procedimiento de elección contenido en la Ley 1904 de 2018, pues uno solo de los aspirantes inscritos obtuvo el puntaje mínimo establecido, razón por la cual, con el fin de salvaguardar el proceso y garantizar la pluralidad de participantes se resolvió efectuar la ponderación de los resultados obtenidos por los aspirantes en las pruebas de conocimiento y los factores de idoneidad y capacidad contenidos en sus hojas de vida.

Planteó la imposibilidad fáctica y jurídica para cumplir con el numeral cuarto de la sentencia, por cuanto a la fecha de expedición de la sentencia, esto es, a 18 de julio de 2019, es imposible que la Corporación proceda a efectuar un proceso de selección para un periodo que tenga como fecha inicial el 1º de enero de 2019, ya que dicha elección retroactiva sería violatoria del régimen jurídico municipal. En consecuencia, la decisión contraría lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 136 de 1994³.

Por lo anterior, pidió que, en caso de no revocarse la decisión anulatoria del acto acusado, se proceda a revocar el punto cuarto de la decisión y, en su lugar, se

³ **ARTÍCULO 37. SECRETARIO.** El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

En casos de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del período y las ausencias temporales las reglamentará el Concejo.

disponga que el proceso que eventualmente deba adelantarse para la selección del Secretario del Concejo Municipal corresponda al periodo restante del año, contado a partir de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia.

1.8.2. De Luz Piedad Vélez López (parte demandante)

La señora Luz Piedad Vélez López, mediante apoderado, pidió que se revocara el numeral cuarto de la decisión, por cuanto declarar la nulidad de la totalidad del proceso resultaría excesiva y lesiva para quienes, por mérito, podían continuar en el concurso.

Adujo que esta Corporación, en la sentencia del 26 de mayo de 2016⁴, con ponencia del magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio, advirtió que si la anomalía no afecta todo el procedimiento de elección, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las fallas, podría retomarse justo en el momento anterior a la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que la totalidad de la actuación no estuvo viciada.

Que, en ese entendido, en este caso se está en posibilidad de determinar con certeza el momento en el que se generó el vicio de nulidad, que es con la expedición de la Resolución No. 788 de 2018, razón por la que es deber del fallador anular lo afectado y ordenar a la entidad demandada retomar el procedimiento justo antes de la publicación de los resultados atendiendo a la realidad, conforme con el documento entregado por la universidad y continuar con el proceso de la convocatoria.

Por lo anterior, pidió que se reanudara el procedimiento y se ordenara la eliminación de los aspirantes que no aprobaron, a efectos de que continúe el proceso de selección hasta su culminación.

1.9. Alegatos de conclusión

Durante el término concedido para alegar de conclusión se presentaron los siguientes escritos:

1.9.1. La parte demandante

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y agregó que la demandada fue habilitada para continuar un proceso de elección para el cargo de Secretaria General del Concejo de Montería con fundamento en un acto contrario a la verdad, concretamente la Resolución No. 788 de 2018, del 16 de noviembre de 2018.

Por lo anterior, pidió que se confirmara la decisión de declarar la nulidad de la

⁴ Expediente No. 2015-00029-00.

elección de la señora María Angélica Mejía Usta, pero a partir del momento en que se vició el concurso, esto es, con la expedición de la referida resolución, de forma que se pueda mantener lo actuado previamente, con el fin de garantizar no solo los principios del debido proceso, meritocracia, sino también el legítimo derecho de aquellos aspirantes que, conforme con las reglas de la convocatoria, sí se encontraban habilitados para seguir en el concurso y que vieron frustradas sus aspiraciones por el actuar irregular de la mesa directiva.

1.9.2. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público rindió concepto en el siguiente sentido:

En relación con el argumento central de la apelación presentado por el Concejo de Montería, encaminado a justificar la configuración de una situación de fuerza mayor, consistente en la obtención de unos resultados inesperados, según los cuales solo uno de los siete aspirantes que fueron admitidos obtuvo el puntaje mínimo establecido, la vista fiscal puso de presente que dicha afirmación no es cierta, en la medida en que al analizar el documento suscrito por la Secretaria General de la Universidad Pontificia Bolivariana, se advierte que fueron dos los participantes que superaron la prueba de conocimientos; Luis Carlos Pérez Mendoza y César Gonzalo Solórzano Riaño.

De ahí que para el Ministerio Público, si dos de siete participantes superaron el examen, el proceso de selección debía continuar con ellos, pues, dado el carácter eliminatorio de la prueba, los demás quedaron excluidos. Además, porque en la Resolución No. 784 de 2018, que fijó las reglas de la convocatoria, tan solo se indicó que una de las pruebas a aplicarse era la de factores de ponderación de carácter clasificatorio y que correspondían al 20% del total de la puntuación.

Bajo ese supuesto, no era necesario reiniciar el proceso de convocatoria ante la cercanía de la finalización de las sesiones, ni mucho menos declarar desierto el proceso, pues es obvio que, en este punto, la Ley 1904 de 2018 era un referente en donde, por el contexto, no se podía exigir que existieran diez o más participantes como erradamente lo entendió la mesa directiva del Concejo de Montería.

Advirtió que la convocatoria es norma reguladora del proceso y obliga tanto a la administración como a la entidad contratada para su realización y a los participantes. Que, además, constituye el reglamento de la convocatoria pública, y debe señalar las etapas que deben surtir y el procedimiento para garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

Sin embargo, consideró que el nominador y/o convocante puede modificar la norma reguladora de la convocatoria siempre y cuando los cambios que se introduzcan, se hagan en una fase que no afecte los derechos fundamentales de quienes se encuentran participando en la respectiva convocatoria, asunto que debe analizar el juez en cada caso particular, para determinar si las variaciones

introducidas afectan los derechos de quienes acudieron al llamado para participar de la convocatoria para la elección a un determinado cargo.

Que, pese a lo anterior, en este caso, la entidad demandada hizo los cambios a la convocatoria sin motivación alguna y después de la presentación de los exámenes, por lo que se afectaron claramente los derechos de dos de los participantes en el proceso, los llamados a continuar.

Reiteró que en el caso de la referencia el examen de conocimiento tenía un carácter eliminatorio, por disposición del numeral 4 del artículo 6 de la Ley 1904 de 2018 y de la Resolución No. 784 de 2018, de modo que quienes no lo superaron debían ser excluidos del proceso y, por el contrario, los dos participantes que sí lo aprobaron tenían que ser sujetos de las demás pruebas (factores de ponderación o prueba de competencias y entrevista), los que eran de naturaleza clasificatoria, que incidiría en el lugar que debían ocupar en la lista de elegibles.

Que, en consecuencia, lo expuesto por el Concejo de Montería no tiene la fuerza suficiente para revocar la nulidad declarada por el Tribunal.

En cuanto al recurso de apelación presentado por la demandante, Luz Piedad Vélez López, adujo que si bien la orden de nulidad del Tribunal debía impartirse por el tiempo que restaba del periodo, lo cierto es que la Sección Quinta al momento de definir los efectos de la declaratoria debe tener en cuenta que la demandada, María Angélica Mejía Usta, presentó renuncia el 2 de mayo de 2019, la que fue aceptada el 17 de mayo del mismo año, según se advierte en los folios 236 y 237 del expediente.

Que, en ese orden, se configuró una vacancia absoluta que, de conformidad con el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, debió ser provista por el Concejo Municipal de Montería.

También advirtió que debe tenerse en cuenta que la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019 derogó el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, que ordenaba la aplicación analógica de sus disposiciones a las elecciones atribuidas a las corporaciones públicas, como el Concejo de Montería.

Por lo anterior, solicitó revocar el numeral 4 de la sentencia del Tribunal Administrativo de Córdoba, en tanto no es la nulidad del acto de elección de la señora Mejía Usta lo que generaría la vacante en dicho cargo, sino la aceptación de la renuncia presentada en mayo de 2019, que hoy ya debe estar provista de manera definitiva y, por lo tanto, resulta inane ordenar una nueva elección.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el artículo 150 del CPACA y en el artículo 13 del Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta

Sala es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, teniendo en cuenta que el acto de elección demandado se expidió por una autoridad del orden municipal - Concejo de Montería -, que pertenece a una capital de departamento con más de 70.000 habitantes, cuyo control de legalidad se asignó a los Tribunales Administrativos, en primera instancia, de conformidad con el numeral 9 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011⁵. Así se dispuso en el auto que admitió el recurso de apelación⁶.

2.2. El acto acusado

El medio de control se dirige contra el Acta N° 182 del 27 de noviembre de 2018, por medio de la cual el Concejo Municipal de Montería designó a la señora María Angélica Mejía Usta como Secretaria General de dicha corporación para el periodo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre del año 2019.

2.3. Problema jurídico

En los términos de los recursos de apelación presentados por el Concejo Municipal de Montería y Luz Piedad Vélez López, corresponde a esta Sala determinar si confirma, modifica o revoca la decisión de 18 de julio de 2019, por la cual el Tribunal Administrativo de Córdoba –Sala Cuarta de Decisión- resolvió declarar la nulidad del Acta No. 182 de 27 de noviembre de 2018, mediante la que se declaró la elección de la señora María Angélica Mejía Usta como Secretaria General del Concejo de Montería y, a continuación, ordenó una nueva elección de secretario para el periodo de 1° de enero a 31 de diciembre de 2019.

Para el efecto, la Sala deberá establecer si, como lo advierte el Concejo Municipal de Montería se configuró una situación de fuerza mayor (i) por incertidumbre en la aplicación de la Ley 1904 de 2018 y (ii) porque solo un participante aprobó la prueba de conocimientos, que respalde la expedición del acto acusado.

Y, adicionalmente, de no prosperar el argumento presentado por el Concejo Municipal de Montería, la Sala deberá fijar los efectos de la nulidad declarada en la sentencia de primera instancia, habida cuenta que en el recurso de apelación presentado por la señora Luz Piedad Vélez López, ésta considera que no todo el

⁵ “[...] **ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...]”

9. De la nulidad del acto de nombramiento **de los empleados públicos del nivel directivo** o su equivalente efectuado por autoridades del orden nacional y por las autoridades Distritales, Departamentales o Municipales, en municipios con más de setenta mil (70.000) habitantes o que sean capital de departamento [...]”.

⁶ Mediante auto de 23 de agosto de 2019, la Consejera Ponente (E) admitió los recursos de apelación presentados por la señora Luz Piedad Vélez López y por el Concejo Municipal de Montería. Para asumir la competencia, se advirtió que, revisado el artículo 16 del Decreto 785 de 17 de marzo de 2005, el cargo de Secretario de Concejo Municipal tiene código 020, y es calificado como del nivel directivo en dicha normativa, razón por la que se decidió avocar el conocimiento en razón de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 152 del CPACA.

proceso debe ser anulado, en tanto se puede advertir claramente la etapa en la que se vició de nulidad el referido proceso de selección.

Para resolver, entonces, si el acto demandado se sujetó a los criterios de mérito, la Sala (i) reiterará su jurisprudencia respecto de las facultades de regulación de las corporaciones nominadoras ante la ausencia de la ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública establecido en el artículo 126 de la Constitución y la necesidad de respetar los principios consagrados en dicha preceptiva, especialmente el principio de mérito, (ii) estudiará las reglas generales de elección del secretario del Concejo y, finalmente, (iii) abordará el caso concreto.

2.4. De la facultad de regulación de las corporaciones nominadoras ante la ausencia de la ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública establecido en el artículo 126 de la Constitución⁷.

El artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2015, en su inciso cuarto dispone que *salvo los concursos regulados por ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.* (Subrayas propias)

Dicha convocatoria, a juicio de esta Sala, *“...es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual, desde el principio y de manera expresa, se especifican ciertas reglas y condiciones de participación”⁸.*

De ahí que las pautas con las que se invita a la ciudadanía a participar en un proceso de selección generen deberes y derechos, tanto para los interesados como para la entidad pública que adelanta el procedimiento correspondiente, y, por demás, tengan carácter vinculante, pues tales exigencias *“... se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia...”⁹.*

⁷ Modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015.

⁸ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00, demandado: Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.

⁹ Ib.

Ahora bien, sabido es que, salvo en lo que atañe a la designación del Secretario de los Concejos Municipales, no se ha expedido la ley que regula la convocatoria pública a la que alude el artículo 126 constitucional. Sin embargo, no se puede pasar por alto que, específicamente, en el artículo 12 de la Ley 1904 de 2018¹⁰ se estableció un párrafo transitorio en el que dispuso que esta tendría aplicación por analogía, precisamente, a aquellas designaciones a cargo de las corporaciones públicas.

En el citado aparte se disponía:

“PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía.”*

Así las cosas, es claro que conforme con la norma en cita, hasta que se expida la ley correspondiente, a las designaciones que tengan a su cargo las corporaciones públicas debían aplicar, por analogía, lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018.

2.5. La elección de los secretarios de los concejos municipales

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 136 de 1994, *“El Concejo Municipal elegirá un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo.”*

Esta disposición establece que corresponde al concejo realizar la elección de su secretario. Sin embargo, la norma no previó ningún trámite o procedimiento para el efecto, razón por la que se entendía que la corporación pública tenía discrecionalidad y autonomía para fijar la forma en la que realizaría la designación. Sin embargo, a raíz de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015 las funciones electorales asignadas a las corporaciones públicas deben ejecutarse de acuerdo a lo establecido en el artículo 126 Superior.

Entonces, no cabe duda que por disposición constitucional desde el año 2015 las designaciones a cargo de las corporaciones públicas, entre las cuales se encuentran los concejos municipales deben estar precedidas de una convocatoria pública regulada por la ley, entidad que debe ceñirse a los postulados ahí expuestos.

Es oportuno reiterar que esta Sección ha señalado que mientras no se expida la ley correspondiente, las corporaciones tienen cierto grado de discrecionalidad para realizar la designación respectiva; discrecionalidad que no significa arbitrariedad y que en todo caso implica que la designación debe estar precedida

¹⁰ Norma vigente al momento en que fue expedido el acto acusado. Derogada por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019.

de una convocatoria pública, que no se asimila a un concurso de méritos, la cual, a su vez, deberá estar guiada y permeada por los principios constitucionales, toda vez que estos tienen aplicación directa¹¹.

Sin embargo, por disposición legal, las corporaciones públicas deberán aplicar, por analogía, lo dispuesto en la Ley 1904 de 2018 a la elección del secretario del concejo municipal, la cual **debe estar precedida por una convocatoria pública la cual deberá ceñirse, en lo que sea compatible, por lo reglado en la Ley 1904 de 2018**¹².

Sobre el particular, la Sala de Consulta y Servicio Civil, al conceptuar sobre la normativa que rige el proceso de selección de los secretarios de Concejos Municipales, sostuvo que la Ley 1904 de 2018 era aplicable por analogía hasta tanto el Congreso de la República reglamentara lo correspondiente¹³:

“D. La aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, a la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales

(...)

Así las cosas, ante la pregunta de la consulta, la Sala encuentra que en el caso específico de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales por parte de estos, se deben aplicar por analogía, las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, conforme a lo establecido por el párrafo transitorio del artículo 12 de esta, por cuanto dichos Secretarios son servidores públicos y los Concejos Municipales constituyen corporaciones públicas, lo cual significa que se dan los supuestos de la norma contenida en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, al cual remite el citado párrafo transitorio.

(...)

Ahora bien, en la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se debe aplicar, de manera analógica, la Ley 1904 de 2018, de modo que en las disposiciones referentes al procedimiento de selección en las cuales se menciona al Congreso de la República, se debe entender que se alude al Concejo Municipal, y en donde se habla de la Mesa Directiva del Congreso se debe hacer la equivalencia con la Mesa Directiva del Concejo Municipal.

En otras palabras, en la aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, en el caso analizado, se deben aplicar las disposiciones de dicha ley que resultan pertinentes a la elección del Secretario del Concejo Municipal.

¹¹ Sobre la interpretación del artículo 126 constitucional consultar, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 29 de septiembre de 2016. Expediente 70001-23-33-000-2016-00011-02. M.P: Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia de 27 de octubre de 2016. Radicación Expedientes 63001-23-33-000-2016-00055-01 y 63001-23-33-000-2016-0043-00 (acumulado) M.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

¹² Derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.

¹³ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 11 de diciembre de 2018, C.P. Édgar González López. Exp. No. 2018-00234-00.

En este orden de ideas, la Sala considera necesario anotar que en la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018, los Concejos Municipales deben tener en cuenta la categoría y la complejidad de los municipios, para efectuar la elección del Secretario de la corporación, de forma que, con observancia de los plazos fijados por dicha ley, adapten el procedimiento establecido en la misma, a las condiciones sociales y económicas del municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna. (...)”

Con fundamento en estas consideraciones se examinará el caso concreto en la materia recurrida por la apelante.

2.6. Caso concreto

2.6.1. Del recurso de apelación presentado por el Concejo Municipal de Montería

A juicio del Concejo Municipal de Montería, el Tribunal Administrativo de Córdoba, al decidir sobre la nulidad del acta acusada, no tuvo en cuenta que se presentaron circunstancias de **fuerza mayor** que obligaron a la entidad a variar las reglas de calificación del concurso.

En concreto, advirtió que (i) existía incertidumbre respecto de la aplicación de la Ley 1904 de 2018, puesto que los concejos municipales venían aplicando la Ley 136 de 1994 y sus reglamentos internos y que, (ii) se presentaron resultados inesperados en la medida en que solo un participante calificó en la prueba de conocimientos.

En lo que respecta a la fuerza mayor, es del caso precisar que el artículo 64 del Código Civil Colombiano establece que “*se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*”.

A su turno, esta Corporación ha indicado que *la fuerza mayor es causa extraña y externa al hecho demandado; se trata de un hecho conocido, irresistible e imprevisible, que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causó el daño. El caso fortuito, por el contrario, proviene de la estructura de la actividad de aquél, y puede ser desconocido permanecer oculto, y en la forma que ha sido definido, no constituye una verdadera causa extraña, con virtualidad para suprimir la imputabilidad del daño.*¹⁴ (Subraya la Sala).

El Concejo de Montería considera fuerza mayor a “*la incertidumbre*” respecto de la aplicación de la Ley 1904 de 2018, pues los concejos municipales venían aplicando la Ley 136 de 1994 y sus reglamentos internos en los procesos de

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia proferida el 16 de marzo de 2000, Exp. 11.670, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enriquez.

elección de los secretarios de dichas corporaciones. Sin embargo, a juicio de la Sala, la referida incertidumbre no es un hecho constitutivo de fuerza mayor, en la medida en que la expedición de dicha ley no es un hecho imprevisible o irresistible o ajeno a la actividad. Por el contrario, como se dejó claro en capítulos precedentes, y como acertadamente lo indicó el Tribunal en la sentencia objeto de apelación, al momento en que se dio apertura al proceso de selección del Secretario del Concejo de Montería estaba vigente la Ley 1904 de 2018 y, en consecuencia, el párrafo transitorio del artículo 12, que imponía la aplicación analógica de la referida ley.

Y tal como se encuentra probado en el expediente, el Concejo demandado inició el proceso de convocatoria conforme los parámetros de la referida ley, para luego variar las reglas de la convocatoria, sin explicación alguna, fundado en una supuesta incertidumbre, que evidentemente no se presentó.

En ese orden, para la Sala no prospera el argumento de incertidumbre planteado por la autoridad demandada.

En lo concerniente a la fuerza mayor por la recepción de resultados inesperados, fundado en que solo un participante calificó en la prueba de conocimientos, la Sala se permite efectuar las siguientes precisiones:

Sea lo primero, advertir que en el expediente obran los siguientes medios de convicción:

- Copia de la Resolución N° 784 de 3 de noviembre de 2018, *“por medio de la cual se efectúa la convocatoria pública para la elección del (la) secretaria general del concejo municipal de Montería periodo 2019”* (Fl. 107-117)
- Copia de la Resolución N° 775 de 10 de noviembre de 2018, a través de cual se publicó la lista de admitidos a la convocatoria (Fl. 105-106).
- Copia de la Resolución N° 787 de 14 de noviembre de 2018, *“por la cual se modifica la Resolución 775 de noviembre 10 de 2018 (...)”* (Fl. 103-104).
- Copia de la Resolución N° 788 de 16 de noviembre de 2018, *“por la cual se publican los resultados de la prueba de conocimiento en el proceso de convocatoria pública para la elección del (la) Secretario (A) General del Concejo Municipal de Montería, periodo 2019.”* (Fl. 101-102).
- Copia del documento TC 016789 expedido por la Universidad Pontificia Bolivariana contentivo de los resultados de las pruebas aplicadas- de conocimientos y de comportamiento- tanto en términos de puntos, como en términos porcentuales así (Fl. 99-100):

Cuadro 1 (Resultados obtenidos por los aspirantes en cada prueba)

NOMBRE DEL	CÉDULA DE	PUNTAJE	PUNTAJE
------------	-----------	---------	---------

ASPIRANTE	CIUDADANÍA	PRUEBA TÉCNICA O DE CONOCIMIENTO	PRUEBA DE COMPETENCIAS
María Angélica Mejía Usta	(...)	70 puntos	25 puntos
Héctor Alfonso Martínez Rodríguez	(...)	70 puntos	40 puntos
Kelly de Jesús Veleño	(...)	70 puntos	55 puntos
Luis Carlos Pérez Mendoza	(...)	80 puntos	35 puntos
Jorge Armando Vergara Caro	(...)	60 puntos	25 puntos
Loly Lucía Álvarez	(...)	70 puntos	80 puntos
César Gonzalo Solórzano Riaño	(...)	85 puntos	60 puntos

Cuadro 2 (Resultados finales obtenidos por los aspirantes)

PUESTO	NOMBRE DEL ASPIRANTE	% PRUEBA TÉCNICA	% PRUEBA DE COMPETENCIAS	TOTAL
1	César Gonzalo Solórzano Riaño	59.5%	18%	77.5%
2	Loly Lucía Álvarez	49%	24%	73%
3	Luis Carlos Pérez Mendoza	56%	10.5%	66.5%
4	Kelly de Jesús Veleño	49%	16.5 %	65.5%
5	Héctor Alfonso Martínez Rodríguez	49%	12%	61%
6	María Angélica Mejía Usta	49%	7.5%	56.5 %
7	Jorge Armando Vergara Caro	42%	7.5%	49.5%

- Copia de la Resolución N° 792 de 21 de noviembre de 2018, a través del cual se expidió la “lista de elegibles” (Fl. 77 cuaderno medida cautelar).
- Acta N° 176 de la sesión del concejo de Montería del 20 de noviembre de 2018 en la que los aspirantes al cargo de secretario rindieron entrevista ante esa corporación (Fl.118-129 del expediente).
- Acta N° 182 de la sesión del concejo de Montería del 27 de noviembre de 2018 en la que se realizó la designación acusada. (Fl. 144-150)
- Carta de renuncia de la señora María Angélica Mejía Usta al cargo de Secretaria General del Concejo de Montería. (Fl. 236).
- Resolución No. 251 de 17 de mayo de 2019, por medio de la cual la mesa directiva del Concejo Municipal de Montería aceptó la renuncia presentada por la señora María Angélica Mejía Usta al cargo de Secretaria General de dicha Corporación. (Fl. 237)

Conforme con las pruebas que aparecen en el expediente, está acreditado, según el informe brindado por la Universidad Pontificia Bolivariana, que se aplicaron a los aspirantes a secretario del concejo dos clases de pruebas: i) una de conocimientos académicos y ii) otra de competencias.

En relación con la prueba de conocimientos académicos, está demostrado, conforme con los cuadros atrás referenciados, que la prueba de conocimientos fue aprobada por los señores César Gonzalo Solórzano Riaño (85 puntos) y Luis Carlos Pérez Mendoza (80 puntos), situación que de facto descarta el argumento planteado por el Concejo apelante, en cuanto dice que solo un aspirante aprobó la prueba de conocimientos.

También se encuentra acreditado que la demandada no alcanzó la puntuación mínima requerida, habida cuenta que obtuvo tan solo 70 puntos, pese a que en la convocatoria se señaló que ese ítem- conocimientos académicos- se aprobaría con 75 puntos.

Sobre el particular, en la sentencia de 23 de marzo de 2017, esta Sala explicó con claridad que los términos de la convocatoria son de obligatorio cumplimiento para las partes que intervienen en el proceso y que dicha obligatoriedad vincula, entre otros aspectos, las formas de calificación:

*“En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, **razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.***

*Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico **de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen**, razón por la cual los lapsos, requisitos, **formas de calificación**, entre otros aspectos, **que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, que no se configuraron en el presente caso, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.***"¹⁵

De ahí que, para la Sala, la señora Mejía Usta no podía continuar dentro del proceso de selección y, mucho menos, podía ser nombrada como secretaria del Concejo de Montería, en la medida en que no alcanzó la puntuación mínima requerida para continuar participando en la convocatoria.

La Sala considera que si la consecuencia de no haber alcanzado la puntuación mínima en la prueba de conocimientos era la exclusión del procedimiento de selección no era posible, ni viable, que aquella fuera designada como secretaria del concejo. De hecho, respecto de ella no podían aplicarse las demás fases de la convocatoria, esto es, las fases ponderadas y la entrevista, debido a que no superó la prueba de conocimientos, en los términos de la convocatoria, era la que tenía carácter eliminatorio y la que determinaba quién podía seguir participando de la misma.

Para soportar lo anterior, la Sala se permite traer a la sentencia lo dispuesto por el artículo 24 de la Resolución N° 784 del 3 de noviembre de 2018, norma de la convocatoria que precedió la designación acusada, en la que se determinó lo siguiente:

“Artículo 24 APLICACIÓN DE PRUEBAS: *Las pruebas de conocimientos se dirigen a establecer la capacidad, idoneidad y aptitud del aspirante frente al cargo. La valoración de los factores anteriores se realizará a través de pruebas de conocimientos objetivas elaboradas por un establecimiento de educación público o privado debidamente acreditado con enfoque en temáticas que giren en torno a las funciones o deberes del secretario general, establecidas en la ley y en el reglamento interno del concejo.*

Nº	CLASE	CARÁCTER	MÍNIMO APROBATORIO	PORCENTAJE
1	Conocimientos académicos	ELIMINATORIA	Se aprueba con 75 puntos sobre 100	70%
2	Factores de Ponderación	CLASIFICATORIA	N/A	20%

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 3 de agosto de 2015. C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00, reiterada entre otras, en la sentencia de 23 de marzo de 2017, con ponencia de la magistrada Rocío Araujo Oñate, Exp. No. 2016-00219-01.

3	Entrevista	ELIMINATORIA	N/A	10%
---	------------	--------------	-----	-----

Finalizadas las pruebas, la institución de educación superior elaborará una lista con la sumatoria de los puntajes de los aspirantes seleccionados la cual se enviará al concejo municipal para proseguir con las etapas posteriores.”

A su turno, en el artículo 6º de la Ley 1904 de 2018, que, como se explicó en el capítulo que precede, es aplicable por analogía al caso concreto, dispone:

“4. Pruebas. Las pruebas de conocimiento se dirigen a establecer la capacidad, idoneidad y aptitud del aspirante frente al cargo. La valoración de los factores anteriores se realizará a través de pruebas de conocimiento objetivas, elaboradas por un establecimiento de educación superior público o privado debidamente acreditado y con enfoque en temáticas que giren en torno a Gerencia Pública, control fiscal, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y las relaciones del ente de control y la administración pública.

Los parámetros de ponderación estarán previamente establecidos en la convocatoria y la prueba es de carácter eliminatorio.”

Visto lo anterior, es claro que según la ley, la prueba de conocimientos tenía carácter eliminatorio y los parámetros para su valoración debían estar dispuestos en la convocatoria. Es por eso que la convocatoria pública que precedió el acto acusado dispuso que la prueba de conocimientos académicos tenía un carácter eliminatorio y que la misma se aprobaba con 75 puntos, de forma que se entiende que se ajustó a la ley en ese aspecto.

La Sala reitera que *“el hecho de que la prueba de conocimientos tenga un carácter eliminatorio implica que quien no alcance el puntaje mínimo establecido en la convocatoria respectiva queda excluido de la misma y, por ende, no puede participar en las demás etapas. No de otra manera puede dársele efecto útil a la expresión “eliminatorio”, que según su sentido lato implica aquel criterio “que elimina o sirve para eliminar”^{16.}”¹⁷*

El carácter eliminatorio de la prueba encuentra justificación al estudiarse armónica y sistemáticamente con el artículo 126 de la Constitución, norma esta última que establece que, pese a que la decisión, en últimas, recae en la voluntad de la corporación pública, lo cierto es que si se estructura un procedimiento para la selección de los posibles ocupantes del cargo, en este debe darse un importante valor a los critérios de mérito, los cuales se ven resguardados, precisamente, solo si quien obtiene cierto puntaje puede continuar en el procedimiento de selección.

¹⁶ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Disponible en <https://dle.rae.es/?id=EXd8R8H> consultado el 9 de abril de 2019.

¹⁷ Así lo manifestó la Sala en el auto de 25 de abril de 2019, en el que se resolvió la apelación de la medida cautelar decretada en este mismo caso. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

Así pues, el carácter eliminatorio de la prueba de conocimientos dispuesto por la ley no se erige como una carga irrazonable o desproporcionada para la corporación, pues, por el contrario, lo que esta busca es salvaguardar los principios constitucionales que son aplicables a esta clase de designaciones.

En este orden de ideas, para la Sala, el supuesto fáctico que sustenta la fuerza mayor alegada por el Concejo Municipal de Montería, en lo que corresponde a la falta de pluralidad de participantes, carece de respaldo probatorio, en la medida en que, como ya se advirtió, dos de los participantes, Solórzano Riaño y Pérez Mendoza, obtuvieron puntajes que superaron el mínimo y con ellos podía continuar el proceso de selección.

De hecho, como acertadamente lo advirtió el Ministerio Público, no es cierta la apreciación del concejo demandado, en cuanto dice que de seguirse las reglas fijadas en la convocatoria, el proceso debía reiniciarse o declararse desierto, pues, para estos efectos, la Ley 1904 de 2018 constituía un referente en un proceso en el que, por el contexto, no se podía exigir un mínimo de 10 participantes.

Sobre este punto, al resolver la apelación de la medida provisional de suspensión provisional decretada en este mismo caso, la Sala advirtió¹⁸:

“ (...) la hermenéutica propuesta en el recurso de alzada pretende dar prevalencia al número de participantes sobre el carácter eliminatorio de la prueba de conocimientos académicos, sin que esto sea posible porque implicaría un sacrificio excesivo de los criterios de mérito, que por disposición constitucional deben permear esta clase de convocatorias.

En efecto, permitir que personas que no superaron la prueba de conocimientos hagan parte de la lista de preseleccionados solo para lograr que el grupo del cual el concejo escogería estuviera integrado por un mayor número de personas no solo no se compadece con la finalidad que se previó cuando en la ley se estipuló el carácter eliminatorio de la prueba de conocimientos, sino que implica acomodar los términos de la convocatoria a una situación personalísima de los participantes.

En este sentido, la Sala señala que si bien la ley previó que la corporación pública pudiera contar con un lista de candidatos de la cual elegir, eso no significa que para conformar dicha lista se deba permitir la participación de personas que no alcanzaron el puntaje mínimo requerido, ya que una interpretación en ese sentido le restaría todo efecto útil a la aplicación de una prueba.

En otras palabras, no tendría sentido exigir una prueba de conocimientos de carácter eliminatorio a los participantes, si a la larga incluso quienes no la aprobaran podrían hacer parte de la lista de preseleccionados a efectos de que esta cuente con un alto número de integrantes.”

Al respecto, es oportuno precisar que la decisión de cambiar las reglas de la convocatoria, sin justificación alguna, vicia de nulidad el acto de nombramiento,

¹⁸ Cit 16.

en la medida en que, como bien lo ha dicho esta Sala¹⁹, la convocatoria es norma reguladora del proceso de selección y es de obligatorio cumplimiento tanto para la entidad como para los participantes, de forma tal, que debe ser acatada por todos aquellos que formen parte de esta e, incluso, por los jueces, al momento de resolver los casos relacionados con esta. Y si bien puede ser objeto de modificaciones, estas deben estar justificadas y deben propugnar por la protección de los derechos de los participantes, en aras de que aquellos no resulten desconocidos a raíz de las modificaciones.

Sobre el particular, esta Sala ha sostenido:

“(...) ello no quiere decir que dichas normas [las normas de la convocatoria] sean completamente inmodificables, toda vez que muchas veces debido a la dinámica propia del proceso de selección se torna necesario hacer ajustes que permitan su correcto desarrollo. Lo importante en esos eventos es que se garanticen los principios propios que deben regir este tipo de convocatorias, principalmente la transparencia y publicidad con el fin de preservar así la igualdad entre los participantes.

Al respecto, esta Corporación ha dicho:

“[N]o se configura una vulneración al principio de igualdad ni se desatendió el consecuente derecho a que éste fuera garantizado, como quiera que el Consejo Superior de Carrera Administrativa estableció en las convocatorias las normas o reglamentos generales con arreglo a los cuales se desarrolló el concurso o proceso de selección por mérito para proveer empleos de carrera, con la aplicación de las diferentes etapas y el desarrollo y evaluación de las pruebas establecidas en condiciones de igualdad para todos las personas que fueron admitidas al correspondiente proceso. [...] [E]l juicio de igualdad solo debe realizarse entre quienes una vez inscritos en las convocatorias participaron en el respectivo proceso, y no entre éstos y quienes no se presentaron o no fueron admitidos por no reunir una o varias de las condiciones determinadas en dichas convocatorias. [...] [L]o dispuesto por la Gerencia de Talento Humano obedece a criterios objetivos que tienen en cuenta la naturaleza de los empleos a proveer, a partir de estudios técnicos coherentes con el marco de las funciones y la misión de la entidad y de las áreas específicas de desempeño.”²⁰.

Por lo tanto, si bien la Corte Constitucional ha establecido que las reglas de las convocatorias resultan de obligatorio cumplimiento para todos los involucrados, lo cierto es que pueden darse cambios siempre y cuando éstos no impliquen un favorecimiento para alguno o algunos de los participantes y sean lo suficientemente anunciados de manera previa al adelantamiento de la etapa correspondiente, es decir, antes de que tenga lugar la prueba o evento determinado para evitar así que se favorezcan irregularmente a los participantes por cuanto no resulta viable que, por

¹⁹ Cit. 13.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Expediente 11001-03-25-000-2014-00203-00(0521-14, 1116-14, 0084-14 y 4788-14). Providencia del 15 de noviembre de 2018. M.P. Dr. Gabriel Valbuena Hernández.

ejemplo, luego de practicada la prueba de conocimientos, se varíe su puntaje.

Además, dichas modificaciones deben ser anunciadas a través de los medios establecidos inicialmente para el efecto con el fin de que todos los interesados se enteren de los cambios.

En ese orden de ideas, las modificaciones a las reglas de la convocatoria sí son posibles, siempre y cuando se hagan en condiciones de objetividad, igualdad y transparencia, respetando el debido proceso de todos los interesados, sin afectar las expectativas o derechos de los involucrados.”²¹

Concretamente, en lo que respecta a la posibilidad de modificar los términos de una convocatoria pública esta Sección ha manifestado:

“...[L]a convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.

La convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación.

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.

*Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico **de obligatorio acatamiento** para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionalísimos, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.*

Y es que no podía de ser de otra forma, pues solo si se acepta que las convocatorias son vinculantes se puede garantizar el debido proceso administrativo, la igualdad, el acceso equitativo a los cargos públicos y la seguridad de las actuaciones de la administración.

De lo anterior se desprende que cuando en una convocatoria se establece un plazo determinado, se entiende que aquel es preclusivo o

²¹ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de junio de 2019. Exp. No. 2019-00602-00, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

perentorio, pues de lo contrario se minaría el debido proceso administrativo que debe permear la actuación administrativa.

Sin embargo, no escapa a la Sala que existen circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico avala la variación en los términos de una convocatoria. En este contexto, huelga manifestar que la administración no podrá modificar un lapso establecido en una convocatoria pública, salvo, cuando se presenten los siguientes eventos:

- i) **Cuando el cronograma expresamente así lo autorice:** Bajo el entendido de que una convocatoria está precedida, usualmente, de un acto de apertura y de un cronograma, se puede concluir que es válido que se modifiquen los términos de la misma cuando en el acto de apertura o en el respectivo cronograma así se autorice, en otras palabras, cuando desde la publicación de la convocatoria se establezcan los supuestos en los cuales los términos de la convocatoria podrán ser modificados.*
- ii) **Cuando el reglamento de la entidad así lo autoriza:** Es decir, cuando el reglamento de la autoridad que está adelantando el procedimiento administrativo contempla, de forma explícita, los eventos en los cuales se puede modificar los términos en los que se dictan las convocatorias públicas de dicha entidad.*
- iii) **En caso de fuerza mayor o caso fortuito:** Esto es, cuando acaezca un hecho extraño al querer de la administración, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar la variación de las condiciones establecidas en la convocatoria inicial.*

En suma, al ser los términos y condiciones de una convocatoria plenamente vinculantes, aquellos no podrán ser modificados, salvo, cuando así lo autorice el cronograma y/o el reglamento de la respectiva autoridad o cuando acaezca una situación configurativa de fuerza mayor o caso fortuito...²²

En esta oportunidad, no se advierte la configuración de alguno de los eventos excepcionalísimos que permitan la modificación de la convocatoria, en tanto, la variación efectuada por el Concejo demandado no se motivó y se produjo después de la presentación de los exámenes, de tal forma que las mismas afectaron grave y ostensiblemente los derechos de los participantes que sí aprobaron la prueba de conocimientos y merecían continuar en el proceso de selección.

Conforme con lo anterior, al encontrarse acreditado que las normas de la convocatoria fueron modificadas sin justificación alguna y que dicho cambio benefició a una concursante que no había superado la prueba eliminatoria de conocimientos, en detrimento de quienes sí superaron la referida prueba, para la Sala se impone la confirmatoria de la decisión que declaró la nulidad del Acta No. 182 de 2018, proferida por el Concejo de Montería, mediante la cual se designó a

²² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 3 de agosto de 2015. Expediente 11001032800020140012800. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

la señora María Angélica Mejía Usta como Secretaria de dicha corporación para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2019.

2.6.2. Del recurso de apelación presentado por la señora Luz Piedad Vélez López (parte demandante)

La señora Luz Piedad Vélez López adujo, en el recurso parcial de apelación, que el numeral cuarto de la sentencia debía revocarse, por cuanto no debía disponerse la realización de un nuevo proceso de elección para el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre de 2019, en tanto la actuación debe rehacerse desde el momento en que se configuró la irregularidad, esto es, con la expedición de la Resolución No. 788 de 2018, que publicó los resultados de las pruebas.

Dicho numeral cuarto de la providencia también fue objeto de apelación por parte del Concejo de Montería, en tanto alega imposibilidad para adelantar el proceso de elección para un periodo con fecha inicial del 1º de enero, pues dicha elección retroactiva vulnera el régimen jurídico municipal, específicamente el artículo 37 de la Ley 136 de 1994.

Al respecto, advierte la Sala que, en efecto, el Tribunal, en el numeral cuarto de la providencia apelada, dispuso:

*“**CUARTO:** En consecuencia, el Concejo Municipal de Montería, deberá proceder nuevamente a realizar la elección del citado cargo de secretario para el periodo de 1º de enero a 31 de diciembre de 2019, conforme las normas vigentes, teniendo en cuenta que el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2019, fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.”*

Para la Sala, una vez declarada la nulidad del acto electoral acusado, lo pertinente era ordenar a la Corporación demandada la realización de un nuevo proceso de elección, pero esta vez por el periodo restante, contado a partir de la firmeza de la sentencia de nulidad, habida cuenta que se encontró plenamente identificado el momento a partir del cual se produjo el yerro.

Esta Corporación, en la sentencia de unificación de 26 de mayo de 2016, dictada en el expediente No. 2015-00029-00²³, con la finalidad de consolidar el criterio sobre las consecuencias que se pueden derivar de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición, cuando no se modulen los efectos, precisó:

Si la irregularidad no afecta todo el procedimiento de elección, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las irregularidades, podría, ante la falta de un pronunciamiento en la sentencia:

²³ M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

1. *Retomarse el procedimiento justo en el momento antes de que se presentó la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que parte de la actuación no estuvo viciada.*
2. *Llevarse a cabo un nuevo procedimiento y una nueva convocatoria, siempre y cuando no se desconozcan derechos adquiridos. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que la lista de elegibles es inmodificable una vez ha sido publicada y está en firme, toda vez que los aspirantes que figuran en dicho listado no tienen una mera expectativa de ser nombrados sino que, en realidad, son titulares de derechos adquiridos, empero en aquellos casos en los cuales solo se ha adelantado la etapa de inscripción, no puede hablarse de derechos adquiridos, porque hasta ese momento solo se tiene una mera expectativa de participar y eventualmente de acceder al cargo al que se postula. Sobre el particular esta Corporación ha dicho:*

*“En lo relativo a la supuesta vulneración del derecho al trabajo, se debe resaltar que la presentación del concurso de méritos **constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo**, por lo que no se puede hablar de la vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público. Distinto sería cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso.”²⁴ (Negrillas fuera del texto original)”.*

En efecto, esta Sala ha considerado que, de ser posible la identificación del momento en el que se produce la irregularidad dentro del proceso de elección, se puede continuar con el proceso a partir de lo no afectado por la irregularidad en el trámite.

En esta oportunidad, pudo advertirse que la irregularidad en el proceso de elección se dio con ocasión no de la Resolución No. 788 de 16 de noviembre de 2019 (folio 102), mediante la cual se publicaron los resultados de la prueba de conocimientos en el procedimiento de la convocatoria pública y se citó a los preseleccionados a entrevista, sino a partir de la publicación de la lista de admitidos y no admitidos contenida en la Resolución No. 775 de 10 de noviembre de 2018, en la que se incluyó como admitidos a aspirantes que no superaron la prueba de conocimientos, lo que evidentemente desconoce las normas de la convocatoria y el principio del mérito. Para la Sala, entonces, le asiste la razón a la recurrente en cuanto que el proceso debe retomarse a partir de que se configuró la irregularidad.

Y si bien, no se puede desconocer que en los folios 236 y 237 del expediente aparecen la renuncia presentada por la señora María Angélica Mejía Usta al cargo de Secretaria del Concejo de Montería y su aceptación por parte de la referida Corporación del 17 del mismo mes y año²⁵, lo cierto es que dicha renuncia no afecta la decisión, ni fue objeto del litigio, ni mucho menos tiene incidencia en los efectos de la nulidad del acto acusado, en la medida en que el yerro procedimental

²⁴ Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente número: 23001-23-33-000-2012-00067-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve

²⁵ Fechada el 2 de mayo de 2019.

que da lugar a la nulidad del mismo se produjo, como bien se dijo, con ocasión de la publicación de la lista de admitidos y no admitidos comprendida en la Resolución No. 775 de 10 de noviembre de 2018.

De forma tal que, para la Sala, resulta oportuno ordenar al Concejo Municipal de Montería, que retome el proceso de elección de Secretario General para dicha Corporación, y expida la lista de admitidos conforme las reglas expuestas en esta decisión. Dicha elección deberá efectuarse para el periodo restante de 2019, contado a partir de la firmeza de esta decisión.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

FALLA:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia del 18 de julio de 2019 proferida por la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, el cual quedará así:

***CUARTO: ORDENAR** al Concejo Municipal de Montería, que retome el procedimiento de elección de Secretario General, a partir de la publicación de la lista de admitidos y no admitidos contenida en la Resolución No. 775 de 10 de noviembre de 2018. El nombramiento del secretario deberá efectuarse una vez en firme esta decisión y para el periodo restante a 31 de diciembre de 2019, conforme a la Resolución No. 784 del 3 de noviembre de 2018 que fijó las normas de la convocatoria, teniendo en cuenta que el párrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2019, fue derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 25 de mayo de 2019, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022.*

SEGUNDO: CONFIRMAR, en lo demás, la sentencia apelada.

TERCERO. ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Magistrado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada