



**NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección del personero municipal de Apartadó / NULIDAD ELECTORAL – Marco y evolución normativa del proceso de elección del personero / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Su designación se hace mediante concurso de méritos / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Etapas del concurso / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Efectos vinculantes de la lista de elegibles para el órgano elector: se designa a quien ocupe el primer puesto del concurso de méritos**

En efecto, en la Carta de 1991, se le incluyó [figura del personero] dentro del gran continente del Ministerio Público como función del ente controlador, (...) como se lee del artículo 118 y lo que posiblemente, (...) dio pie para que se advirtiera acorde a derecho y con criterio de razonabilidad por parte del legislador, que se regulara que la selección objetiva para su escogencia estuviera al mando y dirección de la Procuraduría General de Nación, dada la integración que de los personeros se hiciera a las funciones y objeto misional de la PGN. En cuanto a la elección del personero municipal, ha sido una constante desde el espíritu del Constituyente de 1991, que estuviera a cargo de los concejos municipales, competencia que en su base y sustancialidad se mantiene hasta nuestros días consagrada en el artículo 313 Superior. (...). Pero no fue sino hasta la Ley 136 de 1994 que se advirtió un despliegue bastante amplio para la entidad de la personería que se concebía como un ente con autonomía presupuestal y administrativa y con planta de personal, la naturaleza del cargo de personero, su elección, posesión, las faltas absolutas y temporales, las calidades, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el régimen salarial, prestacionales y de seguridad social, las funciones y las facultades entre otras (ver título X, de los artículos 168 a 182). Posteriormente la Ley 617 de 2000 modificó algunas de estas normas. Ya para ese entonces, la elección del Personero estaba a cargo de los concejos municipales, designación de amplio margen discrecional, por cuanto solo se necesitaba que el elegido cumpliera las calidades, requisitos y condiciones legales, previstos en el artículo 173 *ejusdem*, como ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y dependiendo de la categoría del municipio, se requería ser abogado titulado (para los municipios de primera y segunda categoría) o haber terminado los estudios de derecho, para los demás. Posteriormente, la Ley 1031 de 22 de junio de 2006 “Por la cual se modifica el período de los personeros municipales, distritales y el Distrito Capital” realizó algunas variaciones a la Ley 136 de 1994, pero sostuvo la competencia eleccionaria en el concejo municipal, con los mismos parámetros de la Ley de 1994. (...). Es notorio entonces que no existía un procedimiento claro y uniforme con el cual el concejo pudiera escoger y elegir personero, manteniéndose así el margen de discrecionalidad en el corporativo administrativo elector. Tampoco se avizoraba ningún parámetro de selección objetiva ni de meritocracia y así se mantuvo hasta el año 2012, cuando el Legislador expidió la Ley 1551 de 6 de julio de esa anualidad (...), que si bien mantuvo la competencia de la elección del personero en cabeza del concejo municipal, cambió el paradigma de selección, limitando el espectro amplio de discrecionalidad a las condiciones y presupuestos de un concurso de méritos, mediante la introducción de la modificación al artículo 170 de la Ley 136 de 1994. (...). Así las cosas, la elección del personero dejó de estar al arbitrio, discrecionalidad y liberalidad del concejo municipal o distrital, según el caso, aunque sin afectarse su competencia eleccionaria o de nominación, al establecerse que la designación se haría por medio de un procedimiento objetivo y reglado, orientado en la meritocracia y sin perder la capacidad de dirigir los aspectos tendientes a estructurar el proceso de selección y de elección, dentro de los márgenes legales. (...). La reglamentación en cita [Decreto Reglamentario





2485 de 2014] impuso que la elección seguía en cabeza del concejo municipal, pero que se efectuaría de una lista de elegibles que resultaría de un proceso de selección de carácter público y abierto (art. 1). En este ítem se especifica que el proceso de selección, es en realidad un concurso y se consagra que “podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal”, cuya *ratio iuris* no es otra que resulta razonable apoyarse en otros, por cuanto el concejo (municipal o distrital, según sea el caso) no es ni por finalidad ni por misión ni por objeto, un corporativo especializado en la selección objetiva de personal para otra entidad, dado que ello no hace parte de las competencias asignadas legal y constitucionalmente a los cabildos. La norma en cita destaca y trae los principios que son impronta de toda selección, a saber: objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes, de cara al ejercicio de las funciones que deben asumir en caso de resultar elegidos. Determinó como etapas del concurso las siguientes: a) Convocatoria. Entendida como la norma reguladora del concurso, con efectos vinculantes y obligatorios para la administración, los participantes y las entidades que se contraten para el apoyo en la implementación, desarrollo y ejecución de este. (...). b) Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso. (...). c) Pruebas. Tan necesarias como indispensables para determinar la idoneidad de los candidatos; por ahora, constituyen el insumo más utilizado para decretar los estándares de cualidades de quienes buscan ser elegidos. (...). Y consagra las siguientes clases, que deben concurrir en el proceso de selección del personero: (i) Prueba de conocimientos académicos (constituye el 60% o más del total del concurso); (ii) Prueba que evalúe las competencias laborales; (iii) Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria y (iv) Entrevista (constituye máximo el 10% del total del concurso). Así también, para dar ejecución a la característica de público y abierto, la norma reglamentaria impone que se garantice, con la utilización de mecanismos de publicidad, el conocimiento universal de la oferta y la libre concurrencia del aspirante. (...). Otro aspecto tan importante como la convocatoria, es que la lista de elegibles se concibió con efectos vinculantes estrictos de orden de mérito descendente, lo que impone al órgano elector seleccionar y designar a quien ocupe el primer puesto del concurso de méritos.

### **ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Constitucionalidad del concurso público de méritos: panorama con la sentencia C 105 de 2013 / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Directrices de los concursos**

Adicionalmente, la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-105 de 6 de marzo de 2013 que el concurso de méritos “facilita y promueve la consecución de los fines estatales”, “garantiza los derechos fundamentales de acceso a la función pública” y “asegura la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad”. Sobre la constitucionalidad del concurso público de méritos, indicó que este no coarta la dinámica de decisiones que debe tomar la corporación pública como entidad electora, por cuanto (...) “propende por un sistema meritocrático de vinculación de las personas al servicio público”. (...). Y al dedicarse al estudio de los concursos para el caso concreto de la elección de personeros, dejó las siguientes directrices: a) El concurso es herramienta optativa para proveer cargos que no pertenecen al sistema de carrera. (...). b) Las condiciones de las funciones del personero ameritan que su selección y elección por los mecanismos objetivos sea reglada. (...). c) Las condiciones del órgano elector: hace referencia a la





calidad de corporación pública de elección popular que se predica de los concejos municipales y distritales, de cara al control a la actividad gubernamental que ejerce el Personero, focalizan la necesidad de la independencia que entre este funcionario y la corporación administrativa de elección popular debe existir, que evidencian que la designación de aquel sea sometida un procedimiento reglado, objetivo y formal. d) La posibilidad de que las corporaciones administrativas de elección popular se apoyen en terceros para llevar a buen término el procedimiento concursal previo a la elección del personero. (...). Por esas razones rescata el contenido de la regulación y normativa aplicable, para indicar que los corporativos de elección popular no tienen materialmente que ejecutar o intervenir en cada una de las etapas del concurso, porque en realidad la competencia legalmente atribuida a ellos, es la de dirigir el concurso, por lo que consideró viable deferir la realización parcial de este a terceros, pero advirtiendo que en estos casos, esos terceros deben contar “con las herramientas humanas y técnicas para este efecto. (...).”

**NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección del personero municipal de Apartadó / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – El concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea / CONCURSO DE MÉRITOS – La Federación Colombiana de Autoridades Locales FEDECAL no puede catalogarse como una entidad especializada en concursos de méritos conforme al certificado de existencia y representación**

Como primera medida es importante recordar que la Ley 1551 de 2012 fijó la regla de que los concejos municipales eligen a sus personeros, luego de superado un concurso de méritos. (...). Y que como (...), una de las directrices más claras que la Corte Constitucional determinó en la sentencia C-105 de 2013, es que era factible que los concejos municipales pudieran adelantar el concurso de méritos, directamente o a través de un tercero contratado para el efecto. Precisamente, devenido de esa consideración, el Gobierno Nacional a través del Decreto compilador 1083 de 2015 y antes en el compilado Decreto 2485 de 2014, optó por detallar el procedimiento para que los Concejos Municipales llevaran a cabo el referido concurso, señalando, entre otros, los terceros que quedan facultados para gestionar el proceso de selección. (...). Por tanto, tratándose del concurso de méritos para la elección del personero, el concejo municipal puede apoyarse en: (i) universidades, (ii) instituciones de educación superior ya sean públicas o privadas o (iii) entidades especializadas en la selección de personal. (...). Pues bien, esta Sala Electoral, en pronunciamientos previos ha traído a colación el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 para dilucidar qué se entiende por “entidad especializada en procesos de selección de personal”, arribando a la conclusión de que la cualificación de especializada se decanta y se materializa en “aquella persona jurídica privada o pública, que tenga dentro de su objeto social la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal”. (...). De lo anterior se colige que, como bien lo indicó la parte demandante, la Federación Colombiana de Autoridades Locales FEDECAL no tiene dentro de su objeto social, la actividad de llevar a cabo procesos de selección de personal. Aunado al hecho que, distinto a los señalamientos del demandado y del Concejo de Apartadó, la experiencia por haber adelantado otros concursos de méritos no supe la exigencia legal de la cualificación de especializada que debe predicarse respecto de quien pretende apoyar al cabildo con el desarrollo e implementación del concurso. Y es que es innegable que cuando de experiencia se trata, dentro del marco de un concurso de méritos y de las actividades que lo rodean, este rubro se concibe como aquel presupuesto, requisito o condición que se exige a quien haya desempeñado en el pasado actividades que guarden similitud con aquella que se





busca acredite en el presente y, en ello, es que puede contenerse y encuadrar, todo el bagaje pragmático obtenido con el desarrollo e implementación, en el pasado, de la realización y acompañamiento de otros concursos, que es tan importante como la capacidad especializada, pero que resultan requisitos diferenciables y escindibles, que emergen como los dos requisitos legales, por excelencia, que deben concurrir en las entidades que pretenden apoyar a los cabildos, en la selección objetiva del personero de turno.(...). [S]e reitera para el análisis de esta participante en el desarrollo del concurso del Personero Municipal de Apartadó, ya que frente a FEDECAL, se pretende acreditar la calificación de especializada con el hecho de haber participado en otros procesos administrativos, que como se explicó en consideración anterior, la experiencia no significa necesariamente que se tenga la calidad de "...entidad especializada en procesos de selección de personal"; aunado a que es determinante que en su configuración misional que se contiene en la descripción del objeto social la especialidad en la selección de personal esté contenida o por lo menos sea deducible de lo que se indica en la constitución y registro, pues a título ilustrativo, para las sociedades comerciales, dentro de los requisitos para la constitución de las mismas, se impone que en la escritura respectiva, entre otros ítems, se indique "El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales" e incluso sancionando con la ineficacia la estipulación que extienda el objeto social "a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél". (...). En esa línea, la Sala considera que para el correcto entendimiento del objeto social que refleje la condición de persona jurídica o empresa especializada, se exige que esté contenida en su objeto social, pues de lo contrario sería dable señalar que ha llevado a cabo una labor ajena a las actividades que la sociedad desarrolla o debe adelantar. (...). Todo lo anterior permite arribar a la conclusión de que FEDECAL, al no contar con una disposición expresa en su objeto social respecto de ser una entidad especializada en procesos de selección de personal, no podía brindarle este servicio al Concejo Municipal de Apartadó, de tal suerte que quedó acreditado el vicio alegado por el demandante. Ahora bien, aun cuando dentro del objeto también se alude para tener en cuenta los fines consignados en el artículo 3° de sus estatutos, no puede perderse de vista que este documento, fue adosado al proceso en forma inoportuna durante la segunda instancia, sin que estuviera rodeado de las circunstancias taxativas previstas en el artículo 212 del CPACA. (...). Por tanto, la decisión adoptada por el Tribunal y por esta Magistratura, no puede ser otra que la fundamentada en el acervo probatorio recaudado oportunamente, es decir, el que fue consignado en el momento correspondiente, a saber: el certificado de existencia y representación que, como ya se dijo, de manera expresa no alude a la facultad de FEDECAL para ser categorizada como una entidad especializada en concursos de méritos para el fin aquí debatido.

**NULIDAD ELECTORAL – Contra acto de elección del personero municipal de Apartadó / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – El concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea / CONCURSO DE MÉRITOS – La participante Creamos Talentos no tiene calidades para ser categorizada como entidad especializada en procesos de selección de personal y carece de personería jurídica**

[C]on relación al segundo participante que apoyó al Concejo Municipal de Apartadó en la implementación del concurso de méritos, esto es, CREAMOS TALENTOS. (...). [E]sta Magistratura encuentra que las actividades relacionadas con el suministro de recurso humano o agencias de empleo no pueden asimilarse





a la realización de un concurso público y abierto de méritos, por cuanto, como bien lo indicó la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia C-105 de 2013, este requiere de la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras. (...). En oportunidades anteriores la Sección Quinta, (...), dejó entrever la importancia de la acreditación de unos requisitos específicos tratándose de una “entidad especializada en procesos de selección de personal” – siendo aquella la que ayuda al Concejo Municipal en el concurso público de méritos para elegir al Personero – a saber: (i) que sea una persona jurídica privada o pública y; (ii) que tenga dentro de su objeto social la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal. Por tanto, dado que CREAMOS TALENTOS no ostenta las calidades necesarias para ser categorizada como entidad especializada, pues, por un lado, no cuenta en sus actividades con elementos determinantes que permitan así considerarla, y por otro, carece de persona jurídica, lo que conlleva a la Sala a ratificar la configuración del primer vicio invocado por el demandante, referente a que el concurso de méritos no fue apoyado por una corporación idónea. Con fundamento en las razones expuestas, la Sala Electoral del Consejo de Estado concluye que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS no se encontraban facultadas para llevar las labores de asesoría, acompañamiento y apoyo al Concejo de Apartadó dentro del concurso de méritos para la elección del Personero Municipal, por cuanto no cumplen con los lineamientos fijados tanto en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 como en la jurisprudencia, para ser categorizadas como entidades que puedan ser calificadas como especializadas en procesos de selección de personal, motivo suficiente para declarar la nulidad de la elección acusada. Ahora bien, es importante destacar que uno de los apelantes indicó que los reproches y aseveraciones en relación con la falta de capacidad del establecimiento de comercio Creamos Talentos para la celebración del convenio, lo cual conlleva a su invalidez, no pueden analizarse a través del medio de control de nulidad electoral, conforme fue ratificado por el Consejo de Estado en la sentencia del 8 de junio de 2017. No obstante, como bien adujo el Ministerio Público en su intervención, el cuestionamiento mencionado versó en clarificar si dicha entidad puede ser categorizada como entidad especializada en procesos de selección – que, sea del paso reiterar, no es así –, por lo que este argumento no está llamado a prosperar.

### **NULIDAD ELECTORAL – Momentos de los actos electorales / CONCURSO DE MÉRITOS – La capacidad de las entidades especializadas sí acredita la idoneidad de la institución para para participar en el proceso de elección de personero / NULIDAD ELECTORAL – Confirma decisión de primera instancia**

Resulta imperioso destacar que, tratándose de actos electorales, y más aún propio del caso concreto, existen dos momentos: (i) procedimental: el concurso de méritos que comprende las fases de convocatoria, reclutamiento, admisiones, pruebas y resultados (causales objetivas) y; (ii) declaratoria de elección: entrevista y selección del personero a través de su cabildo municipal o distrital, a partir de la lista de elegibles derivada de la puntuación obtenida en la etapa previa, que se ve reflejado en el acto susceptible de ser demandado (causales subjetivas). Lo anterior para señalar que, distinto al escrito de salvamento de voto de uno de los magistrados *a quo* y con él el argumento de sustento en la apelación del demandado, la capacidad de las entidades que acompañaron a la corporación municipal sí resulta relevante para configurarse el vicio ya estudiado al detalle, por cuanto como bien ha expuesto esta Sección, el carácter de entidad especializada en procesos de selección de personal que apoye al Concejo, vedado por el contenido de su objeto, le permitirá a este acreditar la idoneidad de la institución que elija para respaldarla en el concurso de mérito y de presentarse irregularidad





en ello, todo lo surtido a partir de este acompañamiento estará por fuera de los lineamientos legales y constitucionales. Con relación a la solicitud de extender el derecho a la igualdad tomando como base la decisión adoptada por la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Antioquia, debe recordársele al recurrente que es esta Sección Especializada del Consejo de Estado el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, por lo que a partir de la jurisprudencia que de aquí se emane, se fijarán los parámetros generales sobre los temas a abordar en situaciones similares sin que ello atente con los derechos fundamentales de las partes ni vaya en contravía de las directrices de Convención Americana para los Derechos Humanos, dentro de lo cual es importante destacar que la sentencia invocada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no resulta aplicable por cuanto ella solo es extensiva, según la particularidad de cada caso, a los servidores elegidos por voto popular. (...). Corolario, se impone para la Sala confirmar la decisión del *a quo* de acceder a la nulidad electoral solicitada en la demanda y con ello, declarar la nulidad del acto de elección del señor JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA como Personero Municipal de Apartadó para el periodo 2020 – 2024.

**NOTA DE RELATORÍA:** La presente providencia cuenta con aclaración de voto presentado por la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 35 (parcial) de la Ley 1551 de 2012, modificadorio del Artículo 170 de la Ley 136 de 1994, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-105 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. Sobre el concepto de entidad especializada en el proceso de selección de personal, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 8 de junio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barrios, radicación 76001-23-33-000-2016-00233-01. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 8 de octubre de 2020, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 73001-23-33-000-2020-00081-01. Respecto de la capacidad especializada de las entidades, ver: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 8 de junio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barrios, radicación 76001-23-33-000-2016-00233-01. En cuanto a que objeto social de una empresa esté relacionado con la actividad que desarrolla, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, radicación 17001-23-31-000-2003-00896-01(37485); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 8 de octubre de 2020, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 73001-23-33-000-2020-00081-01.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 167 / LEY 1437 DE 2012 – ARTÍCULO 211 / LEY 1437 DE 2012 – ARTÍCULO 212 / LEY 1437 DE 2012 – ARTÍCULO 296 / LEY 1437 DE 2012 – ARTÍCULO 306 / LEY 1551 DE 2012 – ARTÍCULO 35 / CÓDIGO DEL COMERCIO – ARTÍCULO 110 / CÓDIGO DEL COMERCIO – ARTÍCULO 515 / DECRETO 1083 DE 2015 – ARTÍCULO 2.2.27.1

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**



SC 5780-6





Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 05001-23-33-000-2020-00480-01**

**Actor: PROCURADORES JUDICIALES DE MEDELLÍN**

**Demandado: JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA - PERSONERO MUNICIPAL DE APARTADÓ**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL - La selección de Personero debe ser asistida por personas jurídicas privadas idóneas y acreditadas.**

## **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, señor **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA** –en calidad de **PERSONERO MUNICIPAL DE APARTADÓ**– y el **CONCEJO MUNICIPAL DE APARTADÓ**, contra el fallo de 3 de diciembre de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, mediante el cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1.1. La demanda y las pretensiones**

Los señores **PROCURADORES JUDICIALES DE MEDELLÍN**<sup>1</sup>, relacionados en la nota al pie 1, presentaron demanda de nulidad electoral<sup>2</sup>, de conformidad con el artículo 139 del CPACA, contra la Resolución N° 009 de 10 de enero de 2020 del Concejo Municipal de Apartadó, en cuanto declaró elegido a **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA** como Personero de Apartadó, con fundamento en que el apoyo logístico para la realización del concurso de méritos recibido por el Cabildo Municipal estuvo a cargo de entidades (Federación Colombiana de Autoridades Locales – FEDECAL y CREAMOS TALENTOS) que no ostentan la calidad de instituciones de educación superior o de entidades especializadas en procesos de selección de personal, conllevando a la configuración de “*infracción de las normas en que debía fundarse y expedición irregular del acto*” al apartarse de la *ratio decidendi* de la sentencia C-105 de 2013 y de los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto Compilatorio 1083 de 2015.

<sup>1</sup> Xirys María Mora Alvarado (Procuradora 31 Judicial II), Marcela Molina Trujillo (Procuradora 112 Judicial II), Zaida Johana Gómez Ramírez (Procuradora 222 Judicial II), Omar Alfonso Ochoa Maldonado (Procurador 116 Judicial II), Emilio José García Jiménez (Procurador 107 Judicial I), Erika María Pino Cano (Procuradora 108 Judicial I), Silvio Luis Rivadeneira Stand (Procurador 110 Judicial I) y Leidy Johana Arango Bolívar (Procuradora 111 Judicial I).

<sup>2</sup> La demanda fue presentada el 17 de febrero de 2020, inadmitida el 18, subsanada el 27 de aquel mes y año y admitida el 4 de marzo de 2020.



SC 5780-6





Como consecuencia de la anterior declaratoria, pidieron la nulidad del acto por medio del cual el Concejo del Municipio de Apartadó eligió a JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA como su personero para el período 2020 – 2024, esto es, la Resolución N°. 009 del 10 de enero de 2020 proferida por este Cabildo.

## 1.2. Hechos

Como fundamentos fácticos la parte actora planteó, en síntesis, los siguientes:

1.2.1. El 6 de noviembre de 2019 el presidente del Concejo del Municipio de Apartadó, celebró con FEDECAL y Creamos Talentos el Convenio N° 02, cuyo objeto fue: *“AUNAR ESFUERZOS, ADMINISTRATIVOS Y OPERATIVOS ENTRE EL CONCEJO MUNICIPAL DE APARTADÓ, LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE AUTORIDADES LOCALES FEDECAL Y CREAMOS TALENTOS PARA EL ACOMPAÑAMIENTO, ASESORÍA Y APOYO A LA GESTIÓN EN EL PROCESO DEL CONCURSO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL DE CONFORMIDAD CON EL DECRETO 2485 DE 2014 Y EL DECRETO 1083 DE 2015.”*

1.2.2. Indicó que en las consideraciones del convenio se hizo la siguiente mención: *“(…) No obstante, el Concejo Municipal no cuenta con la experiencia necesaria y el recurso humano que apoye la logística de tal evento, ni tampoco con los recursos financieros suficientes para cubrir los gastos que ocasione el desarrollo de tan compleja actividad; por lo cual se considera viable acogerse a las potestades que otorga el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, celebrando un convenio de asociación con entidad privada sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, que se interese en impulsar programas y actividades de interés público, similares al objeto a desarrollar.”*

1.2.3. Alegó que no se impuso a ninguno de los dos operadores logísticos deber alguno en relación con la reserva de las preguntas a aplicar en las pruebas escritas; de hecho, no se elaboró ni se les exigió diseñar mecanismo o protocolo de custodia. Tampoco la salvaguarda absoluta que debe predicarse hasta antes de llevar a cabo las aludidas pruebas ni con respecto a la relativa (únicamente frente a terceros), que se reseña durante la etapa de reclamaciones.

1.2.4. La Mesa Directiva del Concejo Municipal de Apartadó, previa autorización de la plenaria convocó y reglamentó el concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero para el período 2020 – 2024 a través de la Resolución N° 068 de 15 de noviembre de 2019.

1.2.5. El Cabildo en cita en sesión plenaria de 10 de enero de 2020, a través de la Resolución N° 009 y del Acta N° 002, eligió **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA** para proveer dicho cargo.

## 1.3. Normas violadas y concepto de la violación

Señaló que con la elección que se acusa, se infringieron normas de orden constitucional y legal, así: Constitución Política: artículos 13 y 355; Ley 489 de 1998, artículo 96; Ley 1437 de 2011: artículos 137 y 275; Ley 1551 de 2012:





artículo 35; Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública 1083 de 2015: artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6, y el Decreto 092 de 2017.

Indicó que, en el caso concreto, por un lado, no se garantizó la reserva de las preguntas a aplicar en las pruebas escritas – frente a este solo lo mencionó –, y por otro, **existe el vicio de que el concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea**, conllevando a la falsa motivación del acto de elección, al apartarse tanto de la *ratio decidendi* de la sentencia C-105 de 2013 como de la mentada normativa.

Lo anterior por cuanto, si bien el Concejo Municipal o Distrital pueden apoyarse en entidades para adelantar el concurso de méritos de la elección del Personero, estas deben ostentar las calidades figuradas en las normas invocadas como transgredidas, esto es, que se trate de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas, o que sean especializadas en procesos de selección de personal, sin que esto implique la delegación de funciones del Cabildo a aquellas corporaciones asesoras, situación que, bajo su criterio, no ocurrió, habida cuenta que CREAMOS TALENTOS es un establecimiento de comercio<sup>3</sup> y FEDECAL es una persona jurídica sin ánimo de lucro – ESAL<sup>4</sup> que no desarrollan ninguna de las actividades requeridas para tal fin.

#### **1.4. El trámite de la demanda de nulidad electoral**

##### **1.4.1. Auto admisorio**

Mediante providencia del 26 de febrero del 2020, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, admitió la demanda y ordenó las notificaciones respectivas<sup>5</sup>.

Asimismo, negó la medida provisional con fundamento en que conforme a lo reseñado en el artículo 231 del CPACA, el juez no podrá decretarla sin un análisis riguroso de las pruebas aportadas, situación que implica un estudio de fondo del asunto, pues en aras de garantizar los derechos de contradicción, debido proceso

<sup>3</sup> Para lo cual aportó el certificado de matrícula de persona natural de ÁNGELA MARÍA DUEÑAS GUTIÉRREZ, como propietaria de este establecimiento de comercio, en el que se avizoran las siguientes actividades económicas: “Actividad Económica. 7220 Investigaciones y desarrollo experimental en el campo de las ciencias sociales y las humanidades. 8560 Actividades de apoyo a la educación. 7830 Otras actividades de suministro de recurso humano. 7810 Actividades de agencias de empleo”.

<sup>4</sup> Invocó que según el certificado de existencia y representación legal de FEDECAL, para la época de los hechos, era una persona jurídica sin ánimo de lucro – ESAL identificada con NIT N° 900.893.036-0, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el N° 00254316 del Libro Primero de las entidades sin ánimo de lucro, representada legalmente por ÁNGELA MERCEDES GUZMÁN AYALA y su actividad económica se circunscribe a: “9499 Actividades de otras asociaciones N.C.P. código 8530 Establecimientos que combinan diferentes niveles de educación

<sup>5</sup> Las cuales se realizaron a los buzones electrónicos de: la parte demandante, el municipio de Apartadó – quien posteriormente suministró el email del concejo municipal, frente a lo cual la secretaria del Tribunal procedió a notificarlo –, y de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Asimismo, fijó aviso a la comunidad y comisionó a los Juzgados Civiles del Circuito Judicial de Apartadó para que notificaran personalmente al demandado, situación que fue surtida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Judicial de Apartadó el 28 de febrero de 2020.



SC 5780-6





y defensa del demandado, requería agotarse el debate probatorio antes de arribar a alguna conclusión sobre lo controvertido.

#### **1.4.2. De la oportunidad en las contestaciones y oposiciones a la demanda**

Luego de realizarse las notificaciones correspondientes, se presentaron las siguientes contestaciones e intervenciones de oposición a la demanda:

##### **1.4.2.1. La parte demandada Juan David Ospina Arboleda – Personero municipal de Apartadó**

Solicitó la denegatoria de las pretensiones. Hizo referencia a que el Concejo Municipal de Apartadó adelantó todas las actuaciones necesarias para cumplir los estándares mínimos que exige la Ley 1551 de 2012, el Decreto 1083 de 2015 y lo manifestado por la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2013.

Afirmó que el concejo municipal en el desarrollo del objeto pactado en el convenio suscrito con FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, logró constatar que estas organizaciones cuentan con la infraestructura y los profesionales en diferentes áreas tales como: abogados, administradores públicos, contadores, psicólogos, trabajadores sociales; los cuales resultaban idóneos en el acompañamiento a los cabildantes durante el trámite del concurso de méritos para su elección, pues si bien no ostentan la calidad de institución de educación superior pública o privada, con su currículum demostraron que cuentan con la suficiente idoneidad y capacidad para brindar este tipo de asesoramiento, para lo cual citó que existen pronunciamientos judiciales del Tribunal Administrativo de Boyacá en los que se reconoció lo aducido.

Asimismo, sobre FEDECAL trajo a colación que, conforme a lo consignado en el artículo 3, numeral 9 de sus estatutos, esta puede *“llevar a cabo procesos de selección de personal que quiera vincularse al sector público o privado, ya sea por medio de concursos públicos, abiertos o cerrados, de méritos, u otros, que solicite la entidad o institución pública o privada a la Federación o que ésta presente como propuesta o participar en cualquier etapa del mismo”*. No obstante, no aportó el referido documento.

##### **1.4.2.2. El Concejo Municipal de Apartadó**

Se opuso a las pretensiones de la demanda. Destacó que la Corporación adelantó directamente cada una de las etapas del proceso de selección para elegir al personero municipal, con estricto cumplimiento de los parámetros establecidos en la Constitución, la Ley 1551 de 2012, el Decreto 1083 de 2015 y lo manifestado por la Corte Constitucional en Sentencia C-105 de 2013.

Adujo que las entidades con las que suscribió el convenio para llevar a cabo el concurso de méritos cuentan con suficiente idoneidad y probidad en la materia, dada su experiencia adquirida a lo largo de los años, la cual denota rectitud y



SC 5780-6





transparencia, lo que ha generado la confianza en los diferentes concejos municipales que han acudido a sus servicios para el desarrollo de este tipo de convocatorias.

### 1.5. De la adecuación del trámite: sentencia anticipada

Por medio de auto de 8 de septiembre de 2020, el magistrado ponente de instancia procedió a adecuar el trámite del medio de control conforme a lo señalado en el numeral 1°, artículo 13 del Decreto Legislativo 806 de 2020<sup>6</sup>.

Lo anterior al advertir que: **(i)** la parte actora instó, para tener como pruebas aportadas, las allegadas con la demanda y requirió para que el cabildo arribara copia de los antecedentes administrativos de la actuación, en caso tal que la entidad no los adosara a su escrito de contestación (situación que sí ocurrió); **(ii)** el demandado no presentó excepciones ni aportó prueba alguna, pues únicamente solicitó que se corriera traslado de las suministradas al concejo de Apartadó y; **(iii)** la corporación municipal indicó el material probatorio que estimó pertinente para ser tenido en cuenta.

El *a quo* refirió en cuanto al período probatorio, que solo sería necesario incorporar al expediente las pruebas documentales traídas por cada uno de los sujetos procesales, lo que daría lugar a alegar de conclusión, para posteriormente emitir sentencia anticipada, sin que fuera necesario agotar previamente la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

### 1.6. Alegatos de conclusión en primera instancia

#### 1.6.1. La parte demandante, Procuradores Judiciales de Medellín

Reiteró en su totalidad los argumentos expuestos en la demanda. Añadió que, el problema jurídico central en este caso, gira en torno a determinar si se acreditan los supuestos de hecho y de derecho de los cargos de nulidad invocados contra el acto de elección del personero municipal de Apartadó (2020-2024), consistentes en la infracción de las normas superiores en que debía fundarse ocasionando así la expedición irregular del acto, en razón a la falta de idoneidad de las instituciones que acompañaron al cabildo como operadores logísticos dentro del proceso del concurso de méritos de selección; tratándose del contra argumento esgrimido por el demandado atinentes a que FEDECAL dentro de sus estatutos sí logra demostrar lo requerido, lo cierto es que estos no fueron aportados y así corroborar lo mencionado.

<sup>6</sup> **Sentencia anticipada en lo contencioso administrativo.** El juzgador deberá dictar sentencia anticipada: 1. Antes de la audiencia inicial, cuando se trate de asuntos de puro derecho o no fuere necesario practicar pruebas, caso en el cual correrá traslado para alegar por escrito, en la forma prevista en el inciso final del artículo 181 de la Ley 1437 de 2011 y la sentencia se proferirá por escrito...”.





Aunado a ello, en relación con la reserva de las preguntas y la cadena de custodia, afirmó que es un deber exigible al operador logístico del concurso de méritos, el cual surge de lo dispuesto en el artículo 2.2.27.1 del Decreto compilatorio 1083 de 2015 y en concordancia con el CPACA, sin mencionar el artículo concreto, indicando que su violación constituye *per se*, causal de nulidad de la elección de personero configurada por la mera ausencia de prueba del cumplimiento del protocolo adoptado, situación acorde a lo precisado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en Sentencia dictada el 22 de marzo de 2018, en el expediente 85001-23-33-000-2017-00019-03.

### **1.6.2. La parte demandada, Juan David Ospina Arboleda – Personero municipal de Apartadó**

Reafirmó el contenido de la contestación y manifestó que el propio Concejo puede llevar a cabo todo o parte del proceso de selección, en cuyo caso se puede valer del apoyo de un ente universitario (así no esté inscrito como institución de educación superior) o de terceros que cuenten con la experiencia en selección de personal y manejo del recurso humano, para lo cual reiteró que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS son idóneas para este fin, valiéndose de decisiones judiciales que así lo acreditaron.

Explicó que no existe obligatoriedad alguna de consignar dentro de los convenios o actos de convocatoria, disposiciones relativas a la reserva de las preguntas de las pruebas.

### **1.6.3. El Concejo Municipal de Apartadó**

Insistió en los argumentos expuestos en el escrito de oposición a la demanda y resaltó que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS no excedieron su rol contractual y no usurparon funciones del Concejo Municipal, pues con el Convenio N°. 02 de 2019, el Cabildo buscó el acompañamiento, asesoría y apoyo para desarrollar el concurso de méritos para la elección del personero.

En cuanto a la garantía de reserva de las preguntas, afirmó que la Constitución Política, la Ley 1551 de 2012, el Decreto 1083 de 2015 en su título 27 y demás normas concordantes y relacionadas con los concursos de mérito para la elección de personeros municipales, no mencionan ni hacen referencia a que el protocolo de custodia deba encontrarse inmerso dentro de la resolución de convocatoria o en el convenio celebrado como se indicó en la demanda, pero que, en todo caso, en la Resolución N°. 068 del 15 de noviembre de 2019 expedida por el Concejo de Apartadó *“por medio de las cuales se convocó el concurso de méritos para la elección del personero (a) del municipio de Apartadó – Antioquia para el periodo 2020 – 2024”* se mencionó la salvaguarda de las pruebas, adoptándose las medidas de protección pertinentes.

## **1.7. Fallo de primera instancia**



SC 5780-6





El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, con sentencia del 3 de diciembre del 2020, accedió las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad de la Resolución 009 de 10 de enero de aquella anualidad, por medio de la cual el concejo municipal de Apartadó eligió al señor **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA**, personero para el período 2020-2024<sup>7</sup>.

Como primera medida trajo a colación la normativa y jurisprudencia que rige el concurso de méritos para la selección y designación de personeros. Para ello invocó la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 8 de junio de 2017, expediente N°. 2016-00233, en aras de clarificar qué se entiende como *entidad especializada de selección de personal*.

En ese sentido, realizó un análisis de: **(i)** la propuesta presentada por FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para el proceso de apoyo que adelantarían junto al cabildo para el mentado proceso de elección; **(ii)** el acta de idoneidad y experiencia elaborado por el ente municipal junto con el Convenio N°. 02 de 6 de noviembre de 2019 que suscribieron las referidas instituciones concernientes al acompañamiento, asesoría y apoyo a la gestión y; **(iii)** la Resolución N°. 068 del 15 de noviembre de 2019, convocando y reglamentando el concurso de méritos para la elección del personero.

Con este acervo documental, concluyó que los requisitos de experiencia e idoneidad de las entidades que se pretendan contratar para el apoyo a la realización del concurso de méritos de personeros, corresponde verificarlos precisamente a la corporación competente para adelantar dicho proceso, sin perder de vista que el requisito principal de aquellas entidades que sirvan de apoyo, es que tengan dentro de su objeto social este tipo de actividades, lo cual se encuentra consonante con el artículo 99 del Código de Comercio, que prevé que *“la capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto”*.

En este contexto, advirtió que ninguna de las entidades señaladas, dentro de su objeto social contaba con actividades relacionadas con el acompañamiento o realización de concursos de méritos (por lo menos meses antes de su realización), indicando además que aquellas actividades relacionadas con el suministro de recurso humano o agencias de empleo no se compadecen, ni pueden asimilarse, a la de llevar a cabo un concurso público y abierto de méritos como el que debe llevarse a cabo para designar un personero municipal, pues la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 2013 fue clara en establecer que este proceso requiere de la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras.

<sup>7</sup> Frente a esta decisión, el magistrado Daniel Montero Betancur salvó voto exponiendo que, en su sentir, ante el hecho de que la firma contratada no tuviera dentro de su objeto social la realización de concursos de méritos, esto resultaba insuficiente para viciar todo el proceso, pues no afectaba el acto de elección sino la eventual contratación del consultor, desconociendo que el ciudadano demandado había superado todas sus etapas de manera legítima.





Aunado a ello, encontró que, distinto a los planteamientos del demandado y del Concejo Municipal de Apartadó, la función de las preceptuadas organizaciones no se limitó únicamente al asesoramiento, pues dentro de la propuesta presentada se indica que estas desarrollarían todo lo relacionado con las pruebas aplicables en el concurso, y adicionalmente, al momento de permitirse a los aspirantes el acceso a las pruebas y las respuestas suministradas, fue la Federación quien asumió esta tarea, usurpando funciones propias del cabildo.

Entretanto, también se pronunció sobre la reserva de los documentos relativos a las pruebas, sin que este cargo prosperara, pues dentro de la multicitada Resolución N°. 068 de 2019, artículos 31 y 68A, se fijaron los lineamientos para lo aquí cuestionado, reseñando que a pesar de que en el convenio celebrado no se aludió de manera específica al tema de la custodia, sí se indicó que las entidades que brindarían el apoyo en la realización del concurso, debían sujetarse a las directrices dadas por el ente municipal, dentro de las cuales se encontraba lo dispuesto en la convocatoria del respectivo concurso en el que se incluyó la reglamentación relativa a este asunto.

## **1.8. Recurso de apelación**

La parte demandada y el Concejo Municipal de Apartadó presentaron recurso de apelación, mediante escritos allegados vía correo electrónico al Tribunal Administrativo de Antioquia el 9 de diciembre de 2020<sup>8</sup>. Los fundamentos de las alzas fueron los siguientes:

### **1.8.1. La parte demandada, Juan David Ospina Arboleda – Personero municipal de Apartadó**

Invocó que la Sala Tercera de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso N°. 2020-00053-01, en sentencia de 2 de diciembre de 2020, confirmó la emanada por el Juzgado Dieciocho Administrativo Oral del Circuito Judicial de Medellín que data de 21 de septiembre de 2020, la cual denegó las súplicas de la demanda presentada por los Procuradores Judiciales de Medellín, contra el acto de elección del personero municipal de Ciudad Bolívar, a partir de los parámetros establecidos en la sentencia de 8 de junio de 2017 del Consejo de Estado, encontrando que, si bien dentro del objeto social de FEDECAL no obra la realización del concurso de méritos para selección de personal, lo cual le impediría llevar a cabo el proceso de selección, lo cierto es que en los estatutos allegados en la contestación de la demanda, se observa que de los fines sí se contempla lo aquí exigido; aunado al hecho de que CREAMOS TALENTOS cuenta con una actividad económica idónea para lo requerido, lo que le permitió a aquel juez electoral establecer que sí se estaba ante entidades especializadas pues, además, cuentan con amplia trayectoria para adelantar este tipo de concursos.

<sup>8</sup> La sentencia de primera instancia data de 3 de diciembre de 2020, notificada a las partes ese mismo día.





Con ello, solicitó aplicar el derecho a la igualdad por tratarse de instituciones idénticas, lo que conlleva a aplicar el mismo criterio de valoración adoptado por la mentada autoridad judicial.

Finalmente instó para ser tenida en cuenta como prueba documental, los estatutos de FEDECAL. Frente a ello, la Sala en acápite posterior hará referencia y analizará la situación.

### 1.8.2. El Concejo Municipal de Apartadó

Sostuvo que la apreciación efectuada por el *a quo* fue errada ante una distorsión del contenido material de la prueba, que explicó de la siguiente manera:

- El objeto social de FEDECAL conforme a su certificado de existencia y representación, literal c: *“desarrollar programas de capacitación en todas las áreas del saber que contribuyan a la calidad y al mejoramiento continuo del proceso de formación, desarrollo y bienestar social de los líderes, organismos o entidades locales públicas o privadas y las comunidades que representan”* y;
- Los estatutos de la Federación, artículo 3°, numeral 9°, referente a sus fines: *“9) Llevar a cabo procesos de selección de personal que quiera vincularse al sector público o privado, ya sea por medio de concursos públicos, abiertos o cerrados, de méritos, u otros, que solicite la entidad o institución pública o privada a la Federación o que ésta presente como propuesta o participar en cualquier etapa del mismo”*.
- La actividad económica de CREAMOS TALENTOS: *“la investigación y desarrollos experimentales en el campo de las ciencias sociales y humanidades; actividades de apoyo a la educación y otras actividades de suministro de recurso humano”*.

Con todo ello, adujo que, en la sentencia del 8 de junio de 2017, el Consejo de Estado precisó justamente lo que debe entenderse por una *entidad especializada en procesos de selección de personal*, indicando que, bajo su criterio, *“la especialidad deviene de que la entidad incluya en su objeto social, la posibilidad de realizar procesos de selección o acciones análogas, sin que se entienda que de manera exclusiva la entidad deba desarrollar esta actividad”*.

Indicó que, en todo caso, ambas entidades ostentan idoneidad y experiencia, para lo cual citó múltiples convenios suscritos con otros municipios en los que también desempeñaron labores de acompañamiento, asesoría, apoyo a la gestión en el concurso de méritos para la elección de los personeros.

Por otra parte, señaló que, respecto de la acreditación de las instituciones que apoyan los procesos de selección para proveer este cargo, conforme al contenido del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, *“no se observa que exija un registro o acreditación para considerar a una entidad como especializada en procesos de selección de personal”*, lo cual es consonante con el Concepto N°. 097371 de 10 de marzo de 2020 expedido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.



SC 5780-6





Concluyó que frente a los reproches y aseveraciones dirigidas en relación con la presunta falta de capacidad del establecimiento de comercio Creamos Talentos para la celebración del convenio, no es un asunto que pueda analizarse a través del medio de control de nulidad electoral, por no corresponder a la temática propia de este, toda vez que alude a aspectos contractuales.

## **1.9. Trámite en segunda instancia**

El expediente fue repartido al Despacho Ponente el 26 de enero de 2021 y mediante providencia del día 29 de enero del año en curso, se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

### **1.9.1. Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del Ministerio Público**

En esta etapa procesal intervinieron las partes demandante y demandada, y la procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, como sigue:

#### **1.9.1.1. La parte demandante, Procuradores Judiciales de Medellín**

De manera resumida reiteró los argumentos reseñados en su escrito inicial.

Manifestó que el concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea, violando la *ratio decidendi* de la sentencia C-105 de 2013 y los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015.

Indicó que el referido criterio para elegir personero se satisface a partir del cumplimiento concurrente de los requisitos legales y jurisprudenciales, lo que no ocurrió en el caso concreto ante la constatación de las pruebas aportadas y que no fueron desvirtuadas por la parte demandada.

Señaló que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para determinar la idoneidad del operador logístico de un concurso de méritos encaminado a la elección de personero, es prueba suficiente el alcance de su objeto social, y a su vez, que este Alto Tribunal ha identificado que idoneidad no es sinónimo de experiencia.

Recordó el auto del 8 de octubre de 2020 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, bajo el cual Tribunales Administrativos del país han arribado a la conclusión de la importancia del objeto social del operador logístico, para lo cual reiteró que ni FEDECAL y el establecimiento de comercio CREAMOS TALENTOS ostentaban las calidades necesarias para acompañar al Concejo de Apartadó en el proceso de selección.



SC 5780-6





De otro lado, estipuló que, aunque se pretenda aducir como medio de impugnación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia que estudió los estatutos de la persona jurídica FEDECAL, lo cierto es que, conforme a lo obrante en el expediente, esto es el certificado de existencia y representación legal, en él no se refleja la especialidad en proceso de selección de personal ni otra afín, como actividad a desarrollar dentro del objeto social. Así, acorde a los artículos 99, 110 y 196 del Código de Comercio, será obligación de las personas jurídicas efectuar una mención clara y completa de las actividades que componen su objeto social, pues será ineficaz la estipulación en virtud de la cual el objeto social se extienda a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél; y no serán oponibles a terceros las menciones que no consten expresamente en lo escrito dentro del registro mercantil. Frente a ello refirió que, en todo caso, el mentado documento no fue aportado como soporte probatorio al proceso.

Con base en lo anterior, solicitó la confirmar la sentencia impugnada y, en consecuencia, declarar la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

#### **1.9.1.2. La parte demandada y la opositora**

##### **1.9.1.2.1. El demandado Juan David Ospina Arboleda – Personero Municipal de Apartadó**

En primera instancia transcribió los argumentos del salvamento de voto propuesto por el magistrado Daniel Montero Betancur.

Invocó el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gustavo Petro Urrego contra la República de Colombia. Esto para señalar que, aun cuando los personeros municipales son elegidos en virtud de un concurso de méritos para ejercer una función propia del Ministerio Público, lo cierto es que el proceso de selección está a cargo de una corporación que es elegida por voto popular quien, al realizar la elección del cargo que provee está “*expresando ... la voluntad democrática, popular y autónoma*”, sin perder de vista que los jueces deben prevenir potenciales violaciones a derechos humanos reconocidos en la Convención Americana o solucionarlas a nivel interno cuando hayan ocurrido a la luz de las interpretaciones de este Alto Tribunal.

Citó la sentencia de proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, expediente N°. 2020-00409, M.P. Luis Manuel Lasso, con miras a que las entidades que apoyaron la elección del personero de Girardot contaban con la experiencia necesaria para tal fin aun cuando no tuvieran dentro de su objeto social la de acompañar y asesorar concursos de méritos.

Concluyó citando la intervención del presidente de la República en el acto de posesión de la procuradora General de la Nación el pasado 15 de enero.

##### **1.9.1.2.2. El Ministerio Público**





Mediante Concepto N°. 2021-02-NE-28 de 11 de febrero de 2021, la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó que se confirme la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda.

Señaló que, la petición de pruebas que se plantea en el recurso de apelación, esto es, que se decrete un documento que se anexa (estatutos de la Federación), no se encuadra en ninguno de los presupuestos consignados en el artículo 212 del CPACA, por lo cual consideró que debe desestimarse.

Aludió a la jurisprudencia sobre las entidades especializadas en procesos de selección de personal: sentencia de 8 de junio de 2017<sup>9</sup> y auto de 8 de octubre de 2020<sup>10</sup>, para señalar que su idoneidad dependerá de lo consignado en el objeto social.

Refirió que FEDECAL no ostenta la calidad especializada que exige la norma, pues de su objeto social no se contempla la selección de personal en los términos del artículo 2.2.27.1. del Decreto 1083 de 2015. Aunado a ello, encontró que las súplicas del señor Ospina Arboleda referentes a tener en cuenta los estatutos de esta entidad, no pueden prosperar habida cuenta que los mismos no hacen parte del acervo probatorio del expediente, pues no los aportó en el momento procesal correspondiente, pese a tener la carga de hacerlo conforme a los lineamientos de los artículos 167 del CGP y 306 del CPACA, pero que si en gracia de discusión se aceptaran los planteamientos aquí esgrimidos, no resultarían válidos, pues la capacidad de una persona jurídica está determinada y delimitada por las actividades previstas de manera clara y detallada en su objeto, no en sus fines.

Distinguió que CREAMOS TALENTO tampoco puede catalogarse como una entidad especializada en esta temática, pues acorde al certificado aportado, es un establecimiento de comercio cuya actividad económica se relaciona con el suministro de recurso humano o agencias de empleo, sin que pueda asimilarse a la realización de un concurso público y abierto de méritos para la designación de un personero municipal. Así como el hecho de que carece de personería jurídica, requisito indispensable para ser categorizada como institución especializada.

Acotó que, distinto a lo manifestado por uno de los apelantes, no se trata de cuestionar la validez o invalidez del convenio celebrado para la elección del Personero de Apartadó porque en efecto esa discusión es ajena al proceso de nulidad electoral, sino de establecer si Creamos Talentos puede considerarse

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 8 de junio de 2017, Rad. 76001-23-33-000-2016-00233-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro, actor: César Hernando Rodríguez Ramos.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 8 de octubre de 2020, Rad. 73001-23-33-000-2020-00081-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, demandante: Edgardo Augusto Sánchez Leal.





como una entidad especializada en procesos de selección frente a lo cual, la delegada considera que no y, en consecuencia, el fallo debe confirmarse.

#### **1.10. Auto que resolvió solicitud probatoria en segunda instancia**

Mediante providencia de 12 de marzo de 2021, el Despacho Ponente rechazó por improcedente la solicitud de pruebas en segunda instancia presentada por la parte demandada, al no haberse mencionado ni probado las causales taxativas previstas en el artículo 212 del CPACA.

Esto por cuanto la petición de decreto de la prueba que pretendió el demandado, esto es, los estatutos de FEDECAL, resultó impróspera al no observar que el documento que solicitó incorporar en segunda instancia, pudo aportarse en la oportunidad probatoria correspondiente, legal y legítima, esto es, en primera instancia, quedando en evidencia que la finalidad del requerimiento del señor Ospina Arboleda era completar y subsanar el yerro ante el silencio probatorio en aquel momento procesal.

#### **1.11. Recurso de reposición y en subsidio súplica**

El actor Juan David Ospina Arboleda en el escrito de reposición, indicó que allegó, junto con el recurso de apelación, el documento denominado *Estatutos FEDECAL* para fortalecer su argumento de oposición al fallo, de conformidad con el artículo 247, numeral 2°, de la Ley 1437 de 2011, así como para “*hacer efectivo el derecho a la igualdad*”, ante la ausencia de uniformidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo frente a casos similares al suyo, en los que se ha estudiado la idoneidad de entidades como FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para adelantar concursos públicos de méritos en apoyo a los Concejos Municipales.

Sustentó que el aporte tardío de la prueba en comento tuvo ocasión en atención a que la mayoría del acervo probatorio estaba en manos del Cabildo de Apartadó, “*lo cual dificulta al Personero Municipal disponer íntegramente de documentación en la etapa inicial del Proceso Judicial, más aún en medio de la Pandemia actual*”.

#### **1.12. Auto que resuelve reposición y rechaza por improcedente la súplica**

En providencia de 9 de abril de 2021, la Magistrada Ponente resolvió no reponer la decisión de 12 de marzo de los corrientes, así como no dar trámite al recurso de súplica por no ser medio de impugnación procedente.

El fundamento de la decisión consistió en advertir que la explicación del recurrente debió ser esbozada y demostrada en la solicitud de pruebas al momento de presentar la apelación contra el fallo y fue tal carencia argumentativa<sup>11</sup> la causa de

<sup>11</sup>Valga recordar que la solicitud probatoria en segunda instancia contenida en el escrito del recurso de apelación fue presentada en el siguiente tenor: “*PRUEBAS. Comendidamente y de acuerdo con el numeral 2 del artículo 247 de la Ley 1437 de 2011, ruego tener como prueba documental los Estatutos de la entidad FEDECAL, los cuales aporté en el presente escrito, en aras de hacer efectivo el derecho de igualdad de las decisiones adoptadas con iguales entidades*”.





la decisión de rechazo por improcedente, aunado a que esa explicación con el recurso de reposición resultaba tardía y extemporánea.

En efecto, el recurrente no invocó causal taxativa alguna ni acreditó los presupuestos consignados en el artículo 212 CPACA, lo que hubiera permitido al operador judicial por lo menos su asunción de análisis de fondo sobre si se decretaba o no la prueba en segunda instancia, quedando claro que en realidad de lo que se trató fue de una conducta probatoria incuriosa por parte del interesado, en quien recaía la carga en comento y que ahora recibe completitud con el escrito de reposición, no siendo esta la etapa apropiada para ello.

Con relación al recurso de súplica se encontró que este no acontece cuando la decisión ha sido de rechazo por improcedente, por cuanto tal determinación no contiene una decisión denegatoria de fondo sino una imposibilidad de asumir el mérito del asunto, en atención a la carencia de aspectos esenciales que le son propios y necesarios, pues tiene que ver con la incorrecta formulación de la solicitud, por lo que únicamente resulta viable el recurso de reposición.

Por contera, no resulta válido aplicar al rechazo por improcedente la disposición legal del artículo 247 del CPACA que da viabilidad al recurso de súplica frente a la negativa del decreto o de la práctica de pruebas, contenido que es ajeno a la decisión en comento.

## II. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

De conformidad con los artículos 150 y 152 numeral 8<sup>12</sup> del CPACA (modificados por los artículos 26 y 28 de la Ley 2080 de 2021, respectivamente)<sup>13</sup>, así como

<sup>12</sup>**Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.** “Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: 8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.”.

<sup>13</sup> Las modificaciones introducidas por la Ley 2080 de 25 de enero de 2020, en lo referente a las competencias regirán tan solo un (1) año después de la publicación de la referida Ley, conforme a las voces del régimen de transición que consagra el artículo 86 ejusdem: «**ARTÍCULO 86. Régimen de vigencia y transición normativa.** La presente ley rige a partir de su publicación, con excepción de las normas que modifican las competencias de: los juzgados y tribunales administrativos y del Consejo de Estado, las cuales solo se aplicarán respecto de las demandas que se presenten un año después de publicada esta ley. // Las nuevas reglas del dictamen pericial contenidas en la reforma a los artículos 218 a 222 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, e aplicarán a partir de la publicación de la presente ley para los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011 en los cuales no se hayan decretado pruebas. // De conformidad con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 del Código General del Proceso, las reformas procesales introducidas en esta





también el Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia, dado que se trata de la apelación interpuesta contra el fallo proferido por un Tribunal Administrativo y es la Sección Quinta, en este caso, quien debe conocer del asunto porque se refiere al fallo que accedió a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra la elección de un personero municipal, materia que es la especialidad de la Sala electoral (art. 13 del Reglamento).

## 2.2. Acto demandado

Se demanda la nulidad de la Resolución N° 009 de 10 de enero de 2020 que contiene la sesión ordinaria en la que el Concejo Municipal de Apartadó designó al señor **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA** en calidad de Personero del Municipio de Apartadó para el período 2020-2024, siendo este el acto de elección que reposa en los folios 27 a 29 de los anexos aportado por el demandante en el escrito de demanda.

## 2.3. Problema jurídico

De acuerdo con lo decidido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión y los argumentos de la apelación, en los que grosso modo el demandado y el Concejo Municipal de Apartadó entronizan en el presunto cumplimiento del requisito de idoneidad y especialidad de las instituciones FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para acompañar el proceso de selección del concurso de méritos<sup>14</sup>, encuentra la Sala que el problema jurídico en esta instancia se contrae a determinar si se confirma, modifica o revoca la decisión de haber accedido a las pretensiones de la parte actora, y en tal sentido, si la elección del señor **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA** como Personero del Municipio de Apartadó para el periodo 2020 - 2024 es nula y si, en todo caso, se presentó una transgresión al derecho y principio de igualdad por parte del *a quo* al emitirse decisiones contradictorias que versaron sobre hechos similares.

En aras de dilucidar el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, se abordarán los siguientes ejes temáticos: **(i)** los personeros y sus esquemas de elección; **(ii)** el panorama con la sentencia C-105 de 2013 y **(iii)** el caso concreto.

## 2.4. Los personeros y sus esquemas de elección

**ley prevalecen sobre las anteriores normas de procedimiento desde el momento de su publicación y solo respecto de los procesos y trámites iniciados en vigencia de la Ley 1437 de 2011.** // En estos mismos procesos, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtir las notificaciones». (Énfasis de la Sala).

<sup>14</sup> Como lo expusieron en la contestación de la demanda y lo reiteraron en el recurso de alzada.



SC 5780-6





Aunque históricamente la figura del personero es una de las más antiguas y presentes en el desarrollo de la estructura funcional pública del país, la Sala solo hará un breve recorrido por los aspectos que frente a este se han invocado desde la Constitución Política de 1991.

En efecto, en la Carta de 1991, se le incluyó dentro del gran continente del Ministerio Público como función del ente controlador, al consagrar que “*el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público, ante las autoridades jurisdiccionales, **por los personeros municipales** y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas*”, como se lee del artículo 118 y lo que posiblemente, como se verá más adelante, dio pie para que se advirtiera acorde a derecho y con criterio de razonabilidad por parte del legislador, que se regulara que la selección objetiva para su escogencia estuviera al mando y dirección de la Procuraduría General de Nación, dada la integración que de los personeros se hiciera a las funciones y objeto misional de la PGN.

En cuanto a la elección del personero municipal, ha sido una constante desde el espíritu del Constituyente de 1991, que estuviera a cargo de los concejos municipales, competencia que en su base y sustancialidad se mantiene hasta nuestros días consagrada en el artículo 313 Superior, en el que se refieren las atribuciones del cabildo, a saber: “*Corresponde a los concejos: ... Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.*”. (num. 8).

Pero no fue sino hasta la Ley 136 de 1994 que se advirtió un despliegue bastante amplio para la entidad de la personería que se concebía como un ente con autonomía presupuestal y administrativa y con planta de personal, la naturaleza del cargo de personero, su elección, posesión, las faltas absolutas y temporales, las calidades, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, el régimen salarial, prestacionales y de seguridad social, las funciones y las facultades entre otras (ver título X, de los artículos 168 a 182). Posteriormente la Ley 617 de 2000 modificó algunas de estas normas.

Ya para ese entonces, la elección el Personero estaba a cargo de los concejos municipales, designación de amplio margen discrecional, por cuanto solo se requería que el elegido cumpliera las calidades, requisitos y condiciones legales, previstos en el artículo 173 *ejusdem*, como ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio y dependiendo de la categoría del municipio, se requería ser abogado titulado (para los municipios de primera y segunda categoría) o haber terminado los estudios de derecho, para los demás.

Posteriormente, la Ley 1031 de 22 de junio de 2006 “*Por la cual se modifica el período de los personeros municipales, distritales y el Distrito Capital*” realizó algunas modificaciones a la Ley 136 de 1994, pero sostuvo la competencia eleccionaria en el concejo municipal, con los mismos parámetros de la Ley de



SC 5780-6





1994. En efecto, a través de su artículo 35, se modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, en los siguientes términos: “**Artículo 170. A partir de 2008 los concejos municipales o distritales según el caso, para períodos institucionales de cuatro (4) años, elegirán personeros municipales o distritales, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero del año siguiente a la elección del correspondiente concejo. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero (1°) de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero. Podrán ser reelegidos, por una sola vez, para el período siguiente**”.

Es claro entonces que no existía un procedimiento claro y uniforme con el cual el concejo pudiera escoger y elegir personero, manteniéndose así el margen de discrecionalidad en el corporativo administrativo elector.

Tampoco se avizoraba ningún parámetro de selección objetiva ni de meritocracia y así se mantuvo hasta el año 2012, cuando el Legislador expidió la Ley 1551 de 6 de julio de esa anualidad “*Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, que si bien mantuvo la competencia de la elección del personero en cabeza del concejo municipal, cambió el paradigma de selección, limitando el espectro amplio de discrecionalidad a las condiciones y presupuestos de un concurso de méritos, mediante la introducción de la modificación al artículo 170 de la Ley 136 de 1994, cuyo texto en su literalidad quedó con el siguiente tenor:

## “CAPÍTULO VI.

### PERSONERO MUNICIPAL.

**ARTÍCULO 35.** El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

**Artículo 170. Elección.** Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos ~~que realizará la Procuraduría General de la Nación~~<sup>15</sup>, de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.

Inciso 2. INEXEQUIBLE. C-105-2013. Corresponde a la Procuraduría General de la Nación comunicar a los Concejos Municipales y Distritales los resultados del concurso público de méritos, indicando los respectivos puntajes en estricto orden numérico, hasta agotar la lista de elegibles que tendrá vigencia por el periodo institucional.

Para ser elegido personero municipal se requiere: *En los municipios de categorías especial, primera y segunda títulos de abogado y de postgrado.* En los municipios de tercera, cuarta y quinta categorías, título de abogado. En las demás categorías podrán participar en el concurso egresados de facultades de derecho, sin embargo, en la calificación del concurso se dará prelación al título de abogado.

<sup>15</sup> Aparte tachado INEXEQUIBLE C-105-2013.





Inciso 4. INEXEQUIBLE. C-105-2013. “Si en un municipio no se presentan candidatos al concurso de méritos, o ninguno de ellos lo hubiere superado, el Procurador General de la Nación elaborará la lista con los candidatos de los municipios vecinos que figuren en la lista de elegibles de acuerdo al puntaje, siempre y cuando los municipios pertenezcan a la misma categoría. De esa lista, el Concejo municipal o distrital respectivo elegirá personero.”.

Inciso 5. INEXEQUIBLE. C-105-2013. “En caso de falta absoluta de personero municipal o distrital, el respectivo Concejo designará como tal a la persona que siga en lista, y si no hubiere lista para hacerlo, designará un personero encargado, quien desempeñará el cargo hasta tanto la Procuraduría General de la Nación realice el concurso correspondiente.”.

Para optar al título de abogado, los egresados de las facultades de Derecho, podrán prestar el servicio de práctica jurídica (judicatura) en las personerías municipales o distritales, previa designación que deberá hacer el respectivo decano. Igualmente, para optar al título profesional de carreras afines a la Administración Pública, se podrá realizar en las personerías municipales o distritales prácticas profesionales o laborales previa designación de su respectivo decano.”.

Así las cosas, la elección del personero dejó de estar al arbitrio, discrecionalidad y liberalidad del concejo municipal o distrital, según el caso, aunque sin afectarse su competencia eleccionaria o de nominación, al establecerse que la designación se haría por medio de un procedimiento objetivo y reglado, orientado en la meritocracia y sin perder la capacidad de dirigir los aspectos tendientes a estructurar el proceso de selección y de elección, dentro de los márgenes legales.

En ese íter normativo, dando curso a la necesidad de reglamentar el concurso público de méritos establecido en la Ley 1551 de 2012 precitada y a la directriz esbozada en tal sentido por la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 2013, como se lee en los respectivos considerandos<sup>16</sup>, emergió el Decreto Reglamentario 2485 de 2 de diciembre de 2014 “*Por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales.*”

La reglamentación en cita impuso que la elección seguía en cabeza del concejo municipal, pero que se efectuaría de una lista de elegibles que resultaría de un proceso de selección de carácter público y abierto (art. 1).

En este ítem se especifica que el proceso de selección, es en realidad un concurso y se consagra que “*podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal*”, cuya *ratio iuris* no es otra que resulta razonable apoyarse en

<sup>16</sup> En la parte motiva del Decreto 2485 de 2014, se lee: “*Que la Corte Constitucional en Sentencia C-105 de 2013, señaló que la elección del personero municipal por parte del concejo municipal debe realizarse a través de concurso público de méritos, el cual debe sujetarse a los estándares generales que la jurisprudencia constitucional ha identificado en esta materia, para asegurar el cumplimiento de las normas que regulan el acceso a la función pública, al derecho a la igualdad y el debido proceso. De igual forma, expresó que “... el concurso de méritos tiene un alto nivel de complejidad, en la medida que supone, por un lado, la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes” de modo que se requiere “... el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa ...”.*”





otros, por cuanto el concejo (municipal o distrital, según sea el caso) no es ni por finalidad ni por misión ni por objeto, un corporativo especializado en la selección objetiva de personal para otra entidad, dado que ello no hace parte de las competencias asignadas legal y constitucionalmente a los cabildos<sup>17</sup>.

La norma en cita destaca y trae los principios que son impronta de toda selección, a saber: objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes, de cara al ejercicio de las funciones que deben asumir en caso de resultar elegidos.

Determinó como etapas del concurso las siguientes:

**a) Convocatoria.** Entendida como la norma reguladora del concurso, con efectos vinculantes y obligatorios para la administración, los participantes y las entidades que se contraten para el apoyo en la implementación, desarrollo y ejecución del concurso. Es el reglamento o bitácora del concurso y en ella deben quedar claramente determinadas las etapas y el procedimiento que garanticen los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. Desde el punto de vista formal debe ser suscrita por la Mesa Directiva del cabildo, previa autorización de la plenaria. Se determinó un estándar mínimo de contenido, advirtiendo que los requisitos del cargo ofertado deben quedar claros, pero que no pueden ser diferentes a los consagrados en la Ley 1551 de 2012.

Es tan importante que su efecto obligatorio y vinculante conlleva a su respeto y observancia, al punto que si no se emplean los mecanismos de modificación, adición o supresión legales y legítimos puede dar lugar a la nulidad de la elección que se ha efectuado con fundamento en la convocatoria de que se trate.

**b) Reclutamiento.** Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúna los requisitos para el desempeño del empleo objeto del concurso.

Esta fase es la concreción de las características de que la selección es pública y abierta y que ello va en triple vía, por cuanto por una parte se busca que las personas potencialmente calificadas para el empleo ofertado participen; por otra, que el órgano elector tenga un abanico de posibilidades y opciones que garanticen una buena y correcta escogencia del ganador y que la administración y la comunidad cuenten con la persona idónea para el ejercicio del cargo, lo que en últimas redundará en el interés general.

<sup>17</sup> Es más, la misma norma en los últimos artículos posibilita la celebración de convenios interadministrativos con finalidades específicas, como se advierte de la previsión del artículo 6 del Decreto en cita: **“Convenios Interadministrativos.** Para la realización del concurso de personero, los concejos municipales de un mismo departamento que pertenezcan a la misma categoría podrán celebrar convenios interadministrativos asociados o conjuntos con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para los siguientes propósitos: 1. La realización parcial de los concursos de personero, los cuales continuarán bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión. 2. El diseño de pruebas para ser aplicadas simultáneamente en los distintos procesos de selección convocados por los municipios suscribientes.”.





**c) Pruebas.** Tan necesarias como indispensables para determinar la idoneidad de los aspirantes o candidatos; por ahora, constituyen el instrumento más utilizado para decretar los estándares de cualidades de quienes buscan ser elegidos. Asimismo, son los instrumentos de selección por excelencia, pues como lo indica la norma en cita, se implementan con el fin de apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como para establecer una clasificación de los candidatos respecto a las cualidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo. Y consagra las siguientes clases, que deben concurrir en el proceso de selección del personero: **(i)** Prueba de conocimientos académicos (constituye el 60% o más del total del concurso); **(ii)** Prueba que evalúe las competencias laborales; **(iii)** Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria y **(iv)** Entrevista (constituye máximo el 10% del total del concurso).

Así también, para dar ejecución a la característica de público y abierto, la norma reglamentaria impone que se garantice, con la utilización de mecanismos de publicidad, el conocimiento universal de la oferta y la libre concurrencia del aspirante y por qué no, del que solo pretenda hacer funciones de veeduría y control. De ahí que se consagre, según las voces de la norma, la necesidad de emplear mecanismos de difusión tales como avisos físicos y en página web, distribución de volantes, inserción en otros medios, por bando y a través de canales masivos de comunicación de la entidad territorial.

Otro aspecto tan importante como la convocatoria, es que la lista de elegibles se concibió con efectos vinculantes estrictos de orden de mérito descendente, lo que impone al órgano elector elegir y designar a quien ocupe el primer puesto del concurso de méritos que se concreta en el orden riguroso de la lista de elegibles por puntajes de calificación (art. 4 Dec. Reg. 2485/14).

Luego, el Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, calificado como decreto compilatorio, recogió el Decreto 2485 de 2014, por cuanto en su artículo 2.1.1.1., indicó que agrupaba en un solo cuerpo normativo los decretos vigentes de competencia del sector público, incluidos los referentes a materias como los “*estándares mínimos para elección de personeros municipales*”.

En efecto, a partir del título 27 intitulado “*estándares mínimos para elección de personeros municipales*”, entre los artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6., recoge la normativa que consagró el Decreto 2485 de 2014, así: el artículo 2.2.27.1 sobre el concurso público de méritos para la elección personeros, es la previsión que contenía el artículo 1 del Decreto 2485; el artículo 2.2.27.2 etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros, antiguo artículo 2 *ejusdem*; artículo 2.2.27.3 mecanismos de publicidad, la previsión del decreto 2485 de 2014 en su artículo 3; artículo 2.2.27.4 atinente a la lista de elegibles, corresponde al mismo contenido del artículo 4 y los artículos 2.2.27.5 sobre naturaleza del cargo y



SC 5780-6





2.2.27.6 convenios interadministrativos, cuyo contenido corresponde a los artículos 5 y 6 del Decreto 2485 de 2014.

Con esa normativa legal y reglamentaria se avanzó en la implementación de la elección de Personeros municipales y distritales, con muchas vicisitudes que aún se padecen y que se reflejan en un sin número de demandas y decisiones que los operadores de la nulidad electoral e incluso del contencioso laboral continúan resolviendo.

## 2.5. El panorama con la sentencia C-105 de 2013

Adicionalmente, la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-105 de 6 de marzo de 2013<sup>18</sup> que el concurso de méritos “*facilita y promueve la consecución de los fines estatales*”, “*garantiza los derechos fundamentales de acceso a la función pública*” y “*asegura la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad*”.

Sobre la **constitucionalidad del concurso público de méritos**, indicó que este no coarta la dinámica de decisiones que debe tomar la corporación pública como entidad electora, por cuanto con base en las tesis jurisprudenciales decantadas por esa Alta Corporación, la Constitución de 1991 “*propende por un sistema meritocrático de vinculación de las personas al servicio público*” y en lo que avizoró al concurso de méritos como el mecanismo obligatorio para ello y pasible de aplicarse a los cargos que no son de carrera, exceptuando los elegidos por voto popular o sufragio, de acuerdo a las voces de normas como el mandato Superior 125.

Sobre los personeros adujo:

“...la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento [en referencia al concurso de méritos] para la **elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros)**, sino que, además, sus finalidades justifican su aplicación.... Por un lado, este mecanismo de vinculación facilita y promueve la consecución de los fines estatales, en la medida en que su objeto es justamente la identificación de las personas que reúnen las condiciones para ejercer óptimamente el respectivo cargo, y que, por tanto, pueden contribuir eficazmente a lograr los objetivos y metas de las entidades públicas. Por otro lado, por tratarse de procedimientos abiertos, reglados y formalizados, en los que las decisiones están determinadas por criterios y pautas objetivas, garantizan los derechos fundamentales de acceso a la función pública, el debido proceso en sede administrativa, y al trabajo. Finalmente, por excluir las determinaciones meramente discrecionales y ampararse en criterios imparciales relacionados exclusivamente con la idoneidad para ejercer los cargos en las entidades estatales, aseguran la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad<sup>19</sup>.”.

Y al dedicarse al estudio de los concursos para el caso concreto de la elección de personeros, dejó las siguientes directrices:

<sup>18</sup> Referencia: expedientes D-9237 y D-9238. Demanda de inconstitucionalidad contra el Artículo 35 (parcial) de la Ley 1551 de 2012, modificadorio del Artículo 170 de la Ley 136 de 1994. Actores: José Ignacio Arango Bernal y Mauro Antonio Higueta Correa. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

<sup>19</sup> Nota al pie en el original: “Sobre las finalidades del concurso público de méritos *cfr* la Sentencia C-181 de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.”





a) **El concurso es herramienta optativa para proveer cargos que no pertenecen al sistema de carrera:** si bien, el concurso de méritos es por excelencia el mecanismo de provisión para los cargos de carrera, nada obsta para que frente a aquellos que no están sometidos a dicho sistema, el órgano elector pueda proceder a la designación con la implementación de una herramienta pública de selección siempre que se trate de “*cargos cuya provisión corresponde, según el derecho positivo, a un órgano de representación popular, como el Presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes*”; por tanto, los concejos municipales o distritales se encuentran dotados para llevar a cabo este componente de elección frente a los personeros.

b) **Las condiciones de las funciones del personero ameritan que su selección y elección por los mecanismos objetivos sea reglada:** conforme a los artículos 118 y 277 constitucionales, el espectro de competencias de este funcionario es la “*promoción, la divulgación y la defensa de los derechos humanos, y la veeduría y vigilancia de la conducta de los servidores públicos municipales y distritales*”, por lo cual se amerita y justifica una elección alejada de decisiones discrecionales que afecten la independencia y la imparcialidad que deben ser improntas en el ejercicio de la función de personero.

c) **Las condiciones del órgano elector:** hace referencia a la calidad de corporación pública de elección popular que se predica de los concejos municipales y distritales, de cara al control a la actividad gubernamental que ejerce el Personero, focalizan la necesidad de la independencia que entre este funcionario y la corporación administrativa de elección popular debe existir, que evidencian que la designación de aquel sea sometida un procedimiento reglado, objetivo y formal.

d) **La posibilidad de que las corporaciones administrativas de elección popular se apoyen en terceros para llevar a buen término el procedimiento concursal previo a la elección del personero:** en una clara manifestación, el Alto Tribunal Constitucional reconoce las limitaciones que un concejo puede tener frente a la competencia del concurso de méritos, en tanto a juicio de la Corte, es de un nivel alto de complejidad, que se refleja en “*la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y, por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes. Se requiere, así mismo, el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa, en un contexto conflictivo en el que, por la dinámica natural de la contienda y la competencia, las decisiones son cuestionadas y controvertidas de manera sistemática y reiterada. En otras palabras, las dificultades de los concursos hacen imperativa la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras, de las que en principio carecen los concejos municipales y distritales.*”.

Por esas razones rescata el contenido de la regulación y normativa aplicable, para indicar que los corporativos de elección popular no tienen materialmente que



SC 5780-6





ejecutar o intervenir en cada una de las etapas del concurso, porque en realidad la competencia legalmente atribuida a ellos, es la de dirigir el concurso, por lo que consideró viable deferir la realización parcial de este a terceros, pero advirtiendo que en estos casos, esos terceros deben contar *“con las herramientas humanas y técnicas para este efecto. Así, por ejemplo, pueden realizar convenios con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para que sean éstos quienes materialicen estas directrices bajo su supervisión, tal como ha ocurrido con los concursos realizados por la ESAP. Podrían, incluso, organizarse pruebas de oposición de manera simultánea para varios municipios de un mismo departamento que se encuentren dentro de la misma categoría, y unificarse los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, y centralizar su evaluación en una única instancia. En este contexto, la Procuraduría General de la Nación podría intervenir en la vigilancia de los concursos, pero no sustituir a los propios concejos.”*.

Así las cosas, es claro que el análisis del caso debe descenderse y focalizarse en las normas que, en mayor o menor medida, regularon los aspectos que regentarían el concurso de personeros, a fin de poder dar una aplicación real y concreta a las directrices de ejecución y puesta en marcha del concurso de méritos que dirija el concejo municipal (o distrital), con el fin de elegir al personero del municipio (o distrito).

## **2.6. Caso concreto**

Vistas las generalidades y el panorama normativo propio de la elección de personeros y la realización previa del concurso de méritos, para el caso que ocupa la atención de la Sala, se considera pertinente establecer si FEDECAL y CREAMOS TALENTOS pueden ser categorizadas como entidades especializadas en procesos de selección de personal, requisito exigido por el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, para llevar a cabo el requerido de la elección en cuestión.

### **2.6.1. El concurso de méritos no fue apoyado por una entidad idónea**

Como primera medida es importante recordar que la Ley 1551 de 2012 fijó la regla de que los concejos municipales eligen a sus personeros, luego de superado un concurso de méritos. Al respecto se indicó:

**“ARTÍCULO 35.** El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

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

Y que como se vio en el capítulo anterior, una de las directrices más claras que la Corte Constitucional determinó en la sentencia C-105 de 2013, es que era factible que los concejos municipales pudieran adelantar el concurso de méritos, directamente o a través de un tercero contratado para el efecto.



SC 5780-6





Precisamente, devenido de esa consideración, el Gobierno Nacional a través del Decreto compilador 1083 de 2015 y antes en el compilado Decreto 2485 de 2014, optó por detallar el procedimiento para que los Concejos Municipales llevaran a cabo el referido concurso, señalando, entre otros, los terceros que quedan facultados para gestionar el proceso de selección.

Así, el artículo 2.2.27.1 del mentado decreto contempla:

**“ARTÍCULO 2.2.27.1 Concurso público de méritos para la elección personeros.** El personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital.

Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, **que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal.**

El concurso de méritos en todas sus etapas deberá ser adelantado atendiendo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta la idoneidad de los aspirantes para el ejercicio de las funciones.” (Destaca la Sala)

Por tanto, tratándose del concurso de méritos para la elección del personero, el concejo municipal puede apoyarse en: **(i)** universidades, **(ii)** instituciones de educación superior ya sean públicas o privadas o **(iii)** entidades especializadas en la selección de personal.

Pues bien, esta Sala Electoral, en pronunciamientos previos<sup>20</sup> ha traído a colación el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 para dilucidar qué se entiende por *“entidad especializada en procesos de selección de personal”*, arribando a la conclusión de que la cualificación de especializada se decanta y se materializa en *“aquella persona jurídica privada o pública, que tenga dentro de su objeto social la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal”*.

Por tanto, a efectos de determinar si FEDECAL y CREAMOS TALENTOS son o no entidades especializadas en procesos de selección de personal, la Sala entrará a revisar lo reseñado en sus respectivos certificados de creación y constitución.

En el caso concreto, el Concejo Municipal de Apartadó decidió celebrar, junto con las entidades FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, el Convenio N°. 002 de 6 de noviembre de 2019 *“Para el acompañamiento, asesoría y apoyo a la gestión en el proceso del concurso de méritos para la elección del Personero Municipal...”*.

Con relación a FEDECAL en este convenio se reseña como *“una entidad sin ánimo de lucro con NIT 900.893.036-0, representada legalmente por la señora ÁNGELA*

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo. M.P. Alberto Yepes Barrios. 8 de junio de 2017. Radicado N°. 76001-23-33-000-2016-00233-01. Consejo de Estado. Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 8 de octubre de 2020. Radicado N°. 73001-23-33-000-2020-00081-01.





MERCEDES GUZMÁN AYALA, también mayor de edad, residente en Bogotá D.C., identificado con cédula de ciudadanía N°. 1.032.387.655, en su calidad de Representante Legal...”.

Asimismo, luego de revisar las pruebas obrantes en el expediente, se evidencia que, conforme al certificado de existencia y representación respectivo de 6 de mayo de 2019, la actividad principal de la persona jurídica es la N°. 9499<sup>21</sup>, atinente a “actividades de otras asociaciones n.c.p.: **Esta clase incluye:** • Las actividades de asociaciones que no están directamente afiliadas a un partido político, que promueven una causa o temática pública mediante campañas de educación al público, influencia política, recaudación de fondos, entre otros. - Iniciativa de los ciudadanos y movimientos de protesta. - Movimientos ambientales y ecológicos. - Asociaciones de apoyo a servicios comunitarios y educativos n.c.p. - Asociaciones para la protección y el mejoramiento de grupos especiales, por ejemplo, grupos étnicos y grupos minoritarios. - Asociaciones con fines patrióticos, incluyendo asociaciones de veteranos de guerra • Las asociaciones de consumidores • Las asociaciones de automovilistas • Las asociaciones que facilitan el contacto entre personas con intereses similares, tales como los clubes rotarios, clubes leones y logias masónicas, entre otros • Las asociaciones de jóvenes, clubes y asociaciones fraternales de estudiantes, entre otros • Los clubes sociales, aun aquellos que combinan la parte social y la práctica deportiva • Las actividades de servicios para la caza ordinaria mediante trampas • Las asociaciones que promueven actividades culturales o recreativas, o reúnen a personas que comparten una afición (diferente a deportes o juegos), como clubes de poesía, literarios o de libros, clubes de historia, clubes de jardinería, clubes de cine y fotografía, clubes de música y arte, clubes de artesanía y de coleccionistas, entre otros. **Esta clase excluye:** • Las actividades de los grupos artísticos. Se incluyen en la división 90, «Actividades creativas, artísticas y de entretenimiento» • Las actividades de los clubes deportivos. Se incluyen en la clase 9312, «Actividades de clubes deportivos» • Las actividades de las asociaciones profesionales. Se incluyen en la clase 9412, «Actividades de asociaciones profesionales»”

Mientras que la actividad secundaria certificada por la Cámara de Comercio corresponde a la N°. 8530<sup>22</sup>, es decir, aquellas propias de “Establecimientos que combinan diferentes niveles de educación: **Esta clase incluye:** • Los establecimientos que ofrecen diferentes niveles de educación formal como: - Educación de la primera infancia y preescolar. - Educación preescolar y básica primaria. - Educación preescolar y básica (primaria y secundaria). - Educación preescolar, básica (primaria y secundaria) y media. - Educación básica (primaria y secundaria). - Educación básica (primaria y secundaria) y media. - Educación básica secundaria y media • Las metodologías flexibles y educación de adultos, entre otras. **Esta clase excluye:** • Los establecimientos que no combinan educación de diferentes niveles. Se incluyen en la clase que corresponde al nivel que ofrecen.»”

Esas actividades, claro está, responden directamente al alcance del **objeto social** que se informa y se registra en los actos de creación y constitución, o sus modificatorios o reformatorios y que dan génesis a todo el engranaje dentro del

<sup>21</sup> Consultado el 3 de marzo de 2021 en la página web de la Cámara de Comercio de Bogotá: <http://linea.ccb.org.co/descripcionciiu>.

<sup>22</sup> Consultado el 3 de marzo de 2021 en la página web de la Cámara de Comercio de Bogotá: <http://linea.ccb.org.co/descripcionciiu>.





cual la persona jurídica se desempeñará, que para el caso de FEDECAL, se circunscriben a la siguiente literalidad:

“Objeto: LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE AUTORIDADES LOCALES Y SU SIGLA SERÁ FEDECAL SE PROPONE, ADICIONALMENTE A LOS FINES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO TERCERO DE LOS PRESENTES ESTATUTOS, ALCANZAR ENTRE OTROS LOS SIGUIENTES OBJETIVOS:

A. EL DISEÑO, PROMOCIÓN, GESTIÓN, DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE PLANES, PROGRAMAS, PROYECTOS, PROPUESTAS E INICIATIVAS DE PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS, NACIONALES O EXTRANJERAS QUE TENGAN COMO PROPÓSITO EL DESARROLLO DE LAS COMUNIDADES Y DE LOS ENTES LOCALES.

B. OFRECER SERVICIOS DE CONSULTORÍA, ASESORÍA, CAPACITACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y GESTIÓN DE PROYECTOS A TODAS LAS PERSONAS QUE LIBRE Y AUTÓNOMAMENTE DECIDAN HACER PARTE DE LA FEDERACIÓN O QUE POR CONVENIO SE INTEGREN A NUESTROS OBJETIVOS O FINES, ACOGIENDO LOS PRESENTES ESTATUTOS, ASÍ COMO A AUTORIDADES U ORGANISMOS DEL ORDEN NACIONAL E INTERNACIONAL QUE REQUIERAN DE NUESTRO COMPROMISO Y APOYO.

C. DESARROLLAR PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN EN TODAS LAS ÁREAS DEL SABER QUE CONTRIBUYAN A LA CALIDAD Y MEJORAMIENTO CONTINUO DEL PROCESO DE FORMACIÓN, DESARROLLO Y BIENESTAR SOCIAL DE LOS LÍDERES, ORGANISMOS O ENTIDADES LOCALES PÚBLICAS O PRIVADAS Y LAS COMUNIDADES QUE REPRESENTAN.

D. DESARROLLAR PROGRAMAS DE ASISTENCIA EN SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, ASISTENCIA LEGAL Y EDUCACIÓN FORMAL O NO FORMAL, AL TENOR DE LA NORMATIVIDAD NACIONAL.

E. CONSTITUIRSE EN CENTRO DE REFLEXIÓN, PENSAMIENTO, ESTUDIO Y GENERACIÓN DE ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS NACIONALES Y LOCALES EN SUS DIFERENTES ÁMBITOS GEOGRÁFICOS, ASÍ COMO DE LA AFIRMACIÓN DE LOS VALORES SOCIALES Y DEMOCRÁTICOS DE "PEDAGOGÍA CONSTITUCIONAL".

F. LIDERAR ESFUERZOS COLECTIVOS Y PROPICIAR LA UNIÓN Y ARTICULACIÓN DE MÚLTIPLES ACTORES PÚBLICOS Y PRIVADOS CONTRIBUYENDO SIGNIFICATIVAMENTE A LA LUCHA CONTRA LA POBREZA EXTREMA, AL DESARROLLO SOCIAL Y ECONÓMICO SOSTENIBLE, A LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL, A LA EDUCACIÓN, LA SALUD Y A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN.

G. AGREMIAR, ORGANIZAR Y REPRESENTAR LOS INTERESES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS LOCALES, DE LOS LÍDERES, DEFINIDOS COMO AQUELLAS PERSONAS QUE TRABAJAN DESDE LOS DISTINTOS CAMPOS DEL SABER EN LO SOCIAL, LO POLÍTICO, LO ECONÓMICO, LO CULTURAL, LO DEPORTIVO Y LO AMBIENTAL REPRESENTANDO UNA COMUNIDAD O SECTOR.

H. ESTAR A LA VANGUARDIA EN LA GENERACIÓN DE CONOCIMIENTOS Y HERRAMIENTAS PRÁCTICAS QUE AGREGUEN VALOR AL DESARROLLO TERRITORIAL”. (Mayúsculas sostenidas en el original).



SC 5780-6





De lo anterior se colige que, como bien lo indicó la parte demandante, la Federación Colombiana de Autoridades Locales FEDECAL no tiene dentro de su objeto social, la actividad de llevar a cabo procesos de selección de personal. Aunado al hecho que, distinto a los señalamientos del demandado y del Concejo de Apartadó, la experiencia por haber adelantado otros concursos de méritos no supe la exigencia legal de la cualificación de especializada que debe predicarse respecto de quien pretende apoyar al cabildo con el desarrollo e implementación del concurso.

Y es que es innegable que cuando de experiencia se trata, dentro del marco de un concurso de méritos y de las actividades que lo rodean, este rubro se concibe como aquel presupuesto, requisito o condición que se exige a quien haya desempeñado en el pasado actividades que guarden similitud con aquella que se busca acredite en el presente y, en ello, es que puede contenerse y encuadrar, todo el bagaje pragmático obtenido con el desarrollo e implementación, en el pasado, de la realización y acompañamiento de otros concursos, que es tan importante como la capacidad especializada, pero que resultan requisitos diferenciables y escindibles, que emergen como los dos requisitos legales, por excelencia, que deben concurrir en las entidades que pretenden apoyar a los cabildos, en la selección objetiva del personero de turno.

Así dejó entrever en oportunidad anterior la jurisprudencia de la Sección al señalar<sup>23</sup>: **“Es de anotar que el hecho de que dicha entidad *haya adelantado otros concursos de méritos, de forma simultánea a la elección acusada, en nada desvirtúa el análisis hecho por la Sección respecto a que el objeto social de CECCOT no alude a la realización de procesos de selección de personal*”.**

La disposición en cita se reitera para el análisis de esta participante en el desarrollo del concurso del Personero Municipal de Apartadó, ya que frente a FEDECAL, se pretende acreditar la calificación de especializada con el hecho de haber participado en otros procesos administrativos, que como se explicó en consideración anterior, la experiencia no significa necesariamente que se tenga la calidad de **“...entidad especializada en procesos de selección de personal”**; aunado a que es determinante que en su configuración misional que se contiene en la descripción del objeto social la especialidad en la selección de personal esté contenida o por lo menos sea deducible de lo que se indica en la constitución y registro, pues a título ilustrativo, para las sociedades comerciales, dentro de los requisitos para la constitución de las mismas, se impone que en la escritura respectiva, entre otros ítems, se indique **“El objeto social, esto es, la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una *enunciación clara y completa de las actividades principales*”** e incluso sancionando con la ineficacia la estipulación que extienda el objeto social **“a actividades enunciadas en forma indeterminada o que no tengan una relación directa con aquél”** (num. 4 art. 110 C. Co.).

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo. M.P. Alberto Yepes Barrios. 8 de junio de 2017. Radicado N°. 76001-23-33-000-2016-00233-01.





En esa línea, la Sala considera que para el correcto entendimiento del objeto social que refleje la condición de persona jurídica o empresa especializada, se exige que esté contenida en su objeto social, pues de lo contrario sería dable señalar que ha llevado a cabo una labor ajena a las actividades que la sociedad desarrolla o debe adelantar.

Ilustrativo resulta las consideraciones que en sentencia de 14 de febrero de 2018<sup>24</sup> hiciera el Consejo de Estado:

“...dentro del **objeto social de las sociedades** están comprendidos (i) **los actos y actividades propias que permiten el desarrollo del mismo**, en palabras de la Corte Suprema de Justicia ‘los actos expresivos del objeto social’, (ii) los indispensables para que la sociedad pueda existir y (iii) **los que estén conectados con la actividad social**. En el mismo sentido, la doctrina nacional ha precisado<sup>25</sup>.

El art. 99 del Código de Comercio comienza por declarar que ‘**la capacidad de la sociedad se circunscribirá al desarrollo de la empresa o actividad prevista en su objeto**’. Esto significa que sus propios estatutos delimitan dicha capacidad, conforme al fin perseguido. Y el ordinal 4º del artículo 110 ibidem, se refiere **al objeto social, es decir, ‘la empresa o negocio de la sociedad, haciendo una enunciación clara y completa de las actividades principales’**, y sanciona con la ineficacia toda estipulación que incluya actos u operaciones indeterminados o sin relación directa con aquel. De manera que **la cláusula contentiva del objeto ha de ser explícita, a fin de evitar interpretaciones acomodaticias acerca de la extensión del objeto**.

**Se entiende por objeto principal las actividades económicas indicadas como marco general trazado por voluntad de los contratantes**, y por objeto secundario, la variada serie de actos que la sociedad puede realizar en desarrollo de aquellas. En verdad, conforme a la teoría de la especialidad, **la cláusula del objeto da a conocer el radio de acción dentro del cual han de moverse con plena libertad los órganos sociales de administración y representación**.

(...). Como se observa la doctrina nacional, a través de la distinción del objeto principal y secundario, coincide con la idea de la jurisprudencia citada y que aquí se recoge. Igualmente, esta Corporación, a través de su Sala de Consulta y Servicio Civil, al resolver una consulta que giraba en torno al alcance del concepto de los contratos conexos que integran el giro de los negocios de las entidades financieras de carácter estatal, precisó<sup>26</sup>:

- Para que un acto o contrato celebrado por una persona jurídica sea válido debe encontrarse comprendido dentro del objeto señalado bien por la ley o por los estatutos, según el tipo de entidad de que se trate.
- El objeto social o de la empresa, se compone, a su vez, de: i) actos que están comprendidos en la noción de la actividad; ii) actos que están directamente relacionados con esa actividad; y iii) otros actos que tienen como finalidad “(...) ejercer los derechos y las obligaciones, legal y convencionalmente derivados de la existencia y actividad de la sociedad”.

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Rad. 17001-23-31-000-2003-00896-01(37485), M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

<sup>25</sup> “Narváez García, José Ignacio, Teoría General de las Sociedades, Ediciones Doctrina y Ley, 7ª Edición, Bogotá, 1996, pp. 119 y 120.”.

<sup>26</sup> “Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 29 de mayo de 2003, rad. 1.488, M.P. Susana Montes de Echeverri.”.





- El objeto principal de una sociedad o de una empresa está integrado por los actos propios de la actividad económica que tal entidad está llamada a desarrollar”.

Este asunto temático del objeto social también ha sido decantado por la jurisprudencia de la Sección Quinta<sup>27</sup>, al considerar nodular para una persona jurídica tener claridad y precisión en los términos en que se redacta, por cuanto “*el objeto social de cada sociedad o entidad fija el marco en el cual puede desarrollar sus actividades*”.

Todo lo anterior permite arribar a la conclusión de que FEDECAL, al no contar con una disposición expresa en su objeto social respecto de ser una entidad especializada en procesos de selección de personal, no podía brindarle este servicio al Concejo Municipal de Apartadó, de tal suerte que quedó acreditado el vicio alegado por el demandante.

Ahora bien, aun cuando dentro del objeto también se alude para tener en cuenta los fines consignados en el artículo 3° de sus estatutos, no puede perderse de vista que este documento, fue adosado al proceso en forma inoportuna durante la segunda instancia, sin que estuviera rodeado de las circunstancias taxativas previstas en el artículo 212 del CPACA, como se dejó expuesto en el acápite 2.2. Cuestión previa, lo que impide a esta Magistratura como juez electoral de segunda instancia hacer un análisis de ello.

Debe recordarse que, en materia probatoria, prepondera el principio de la necesidad de la prueba conforme al mandato del artículo 167 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 211 del CPACA, en armonía con las previsiones de los artículos 296 y 306 *ejusdem*, lo cual implica que, en principio, quien alega un hecho o un supuesto pruebe su dicho para derivar la consecuencia jurídica que se reclama, así como el deber de aportarla de quien tenga mayor posibilidad de arribarla. Por tanto, ante la ausencia del material requerido, esto es, la copia de los estatutos de FEDECAL, esta debió ser aportada oportunamente.

Por tanto, la decisión adoptada por el Tribunal y por esta Magistratura, no puede ser otra que la fundamentada en el acervo probatorio recaudado oportunamente, es decir, el que fue consignado en el momento correspondiente, a saber: el certificado de existencia y representación que, como ya se dijo, de manera expresa no alude la facultad de FEDECAL para ser categorizada como una entidad especializada en concursos de méritos para el fin aquí debatido.

A su turno, con relación al segundo participante que apoyó al Concejo Municipal de Apartadó en la implementación del concurso de méritos, esto es, CREAMOS TALENTOS fue mencionada en el convenio de asociación como una entidad “*con NIT 52072422-2 con MATRÍCULA MERCANTIL N°. 01227696 de 14 de noviembre de 2002, representada legalmente por la señora ÁNGELA MARÍA DUEÑAS GUTIÉRREZ,*

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. 8 de octubre de 2020. Radicado N°. 73001-23-33-000-2020-00081-01.





*también mayor de edad, residente en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía 52.072.422 en su calidad de representante legal...”.*

Dentro del expediente obra certificado de 24 de septiembre de 2019, el cual detalla sus actividades económicas como establecimiento de comercio son las correspondientes a las N°. 7220<sup>28</sup>, 7830<sup>29</sup> y la 7490<sup>30</sup>, a saber:

**N°. 7220: “Investigaciones y desarrollo experimental en el campo de las ciencias sociales y las humanidades:**

**Esta clase incluye:**

- La investigación y el desarrollo experimental en ciencias sociales (derecho, economía, trabajo social, psicología y sociología, entre otras)
- La investigación y el desarrollo experimental en humanidades (lingüística, idiomas, arte, antropología, geografía e historia, entre otras)
- La investigación y el desarrollo interdisciplinario, principalmente en ciencias sociales y humanidades.

**Esta clase excluye:**

- Las actividades de investigaciones y desarrollo experimental en el campo de las ciencias naturales y la ingeniería. Se incluyen en la clase 7210, «Investigaciones y desarrollo experimental en el campo de las ciencias naturales y la ingeniería»
- La investigación de mercados. Se incluye en la clase 7320, «Estudios de mercado y realización de encuestas de opinión pública».”

**N° 7830: “Otras actividades de provisión de Talento Humano:**

**Esta clase incluye:**

- La provisión de talento humano de forma permanente para el desarrollo de las actividades de los clientes
- Las unidades clasificadas en esta clase pueden desempeñar una amplia gama de funciones conexas de gestión de talento humano y se constituyen en los empleadores oficiales de los empleados en lo que respecta a la nómina, los impuestos y otros aspectos fiscales, pero no se encargan de la dirección ni de la supervisión del trabajo de esos empleados
- Otras actividades relacionadas con el empleo.

**Esta clase excluye:**

- El envío de trabajadores en misión para reemplazar temporalmente a empleados de los clientes o completar temporalmente su nómina. Se incluye en la clase 7820

<sup>28</sup> Consultado el 3 de marzo de 2021 en la página web de la Cámara de Comercio de Bogotá: <http://linea.ccb.org.co/descripcionciiu>.

<sup>29</sup> Consultado el 3 de marzo de 2021 en la página web de la Cámara de Comercio de Bogotá: <http://linea.ccb.org.co/descripcionciiu>.

<sup>30</sup> Consultado el 19 de febrero de 2021 en la página web de la Cámara de Comercio de Bogotá: <http://linea.ccb.org.co/descripcionciiu>.



SC 5780-6





«Actividades de empresas de servicios temporales» • La provisión de funciones de talento humano combinadas con actividades de supervisión o desarrollo de la propia actividad de los clientes. Se incluye en la clase correspondiente a cada actividad.»

**N° 7490: “Otras actividades profesionales, científicas y técnicas:**

• Las actividades de traducción e interpretación • Las actividades de corretaje empresarial, a saber: la gestión de la compra o venta de pequeñas y medianas empresas, incluidas prácticas profesionales, pero sin incluir las actividades de agentes y valuadores de finca raíz • Las actividades de intermediación en materia de patentes (gestión de la compra y venta de patentes) • Las actividades de valuación distintas de las relacionadas con bienes raíces y seguros (antigüedades, joyas, etcétera) • La auditoría de efectos e información sobre fletes • Las actividades de pronóstico meteorológico • La consultoría de seguridad • La consultoría de agronomía • La consultoría ambiental • Otros tipos de consultoría técnica • Las actividades de consultoría distintas de las de arquitectura, ingeniería y gestión • Las actividades de asesoramiento • Las actividades realizadas por agencias en nombre de particulares para obtener contratos de actuación en películas, obras de teatro y otros espectáculos culturales y deportivos, y para ofertar libros, guiones, obras de arte, fotografías, etc., a editores, productores, etcétera.

**Esta clase excluye:**

• La venta al por mayor de vehículos usados, a través de subasta o remates. Se incluye en la clase 4512, «Comercio de vehículos automotores usados» • La subasta en línea (ventas al por menor). Se incluye en la clase 4791, «Comercio al por menor realizado a través de internet» • Las actividades de las casas de subastas (al por menor). Se incluyen en la clase 4775, «Comercio al por menor de artículos de segunda mano» • Las actividades de corredores de finca raíz. Se incluyen en la clase 6820, «Actividades inmobiliarias realizadas a cambio de una retribución o por contrata» • Las actividades de teneduría de libros. Se incluyen en la clase 6920, «Actividades de contabilidad, teneduría de libros, auditoría financiera y asesoría tributaria» • Las actividades de consultores en administración. Se incluye en la clase 7020, «Actividades de consultorías de gestión» • Las actividades de consultores en arquitectura e ingeniería. Se incluyen en la clase 7110, «Actividades de arquitectura e ingeniería y otras actividades conexas de consultoría técnica» • Las actividades de diseños de ingeniería. Se incluyen en la clase 7110, «Actividades de arquitectura e ingeniería y otras actividades conexas de consultoría técnica» • La exhibición de anuncios y otros diseños publicitarios. Se incluye en la clase 7310, «Publicidad» • La creación de stands, otras estructuras y lugares de exhibición. Se incluyen en la clase 7310, «Publicidad» • Las actividades de diseño industrial. Se incluyen en la clase 7410, «Actividades especializadas de diseño» • Las actividades de organizadores de convenciones y eventos comerciales. Se incluyen en la clase 8230, «Organización de convenciones y eventos comerciales» • Las actividades de subasta por cuenta



SC 5780-6





propia. Se incluyen en la clase 8299, «Otras actividades de servicio de apoyo a las empresas n.c.p.» • La administración de programas de fidelidad (tarjetas por puntos). Se incluyen en la clase 8299, «Otras actividades de servicio de apoyo a las empresas n.c.p.» • El asesoramiento a los consumidores en cuestiones crediticias y de deuda. Se incluyen en la clase 8890, «Otras actividades de asistencia social sin alojamiento». Las actividades de autores de libros científicos y técnicos. Se incluye en la clase 9001, «Creación literaria» • Las actividades de periodistas independientes. Se incluyen en la clase 9001, «Creación literaria».

Ahora bien, esta Magistratura encuentra que las actividades relacionadas con el suministro de recurso humano o agencias de empleo no pueden asimilarse a la realización de un concurso público y abierto de méritos, por cuanto, como bien lo indicó la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia C-105 de 2013, este requiere de la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras.

Aunado a ello, resulta relevante traer a colación el artículo 515 del Código de Comercio, el cual define al establecimiento de comercio como *“un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa. Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio, y, a su vez, un solo establecimiento de comercio podrá pertenecer a varias personas, y destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.”*

En oportunidades anteriores la Sección Quinta, como se lee en la jurisprudencia de la Sala Especializada (sentencia de 8 de junio de 2017, expediente N°. 2016-00233, y auto de 8 de octubre de 2020, radicado N°. 2020-00081), en consonancia con lo preceptuado en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, dejó entrever la importancia de la acreditación de unos requisitos específicos tratándose de una *“entidad especializada en procesos de selección de personal”* – siendo aquella la que ayuda al Concejo Municipal en el concurso público de méritos para elegir al Personero – a saber : **(i)** que sea una persona jurídica privada o pública y; **(ii)** que tenga dentro de su objeto social la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal.

Por tanto, dado que CREAMOS TALENTOS no ostenta las calidades necesarias para ser categorizada como entidad especializada, pues, por un lado, no cuenta en sus actividades con elementos determinantes que permitan así considerarla, y por otro, carece de persona jurídica, lo que conlleva a la Sala a ratificar la configuración del primer vicio invocado por el demandante, referente a que el concurso de méritos no fue apoyado por una corporación idónea.

Con fundamento en las razones expuestas, la Sala Electoral del Consejo de Estado concluye que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS no se encontraban facultadas para llevar las labores de asesoría, acompañamiento y apoyo al Concejo de Apartadó dentro del concurso de méritos para la elección del Personero Municipal, por cuanto no cumplen con los lineamientos fijados tanto en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 como en la jurisprudencia, para ser



SC 5780-6





categorizadas como entidades que puedan ser calificadas como **especializadas en procesos de selección de personal**, motivo suficiente para declarar la nulidad de la elección acusada.

Ahora bien, es importante destacar que uno de los apelantes indicó que los reproches y aseveraciones en relación con la falta de capacidad del establecimiento de comercio Creamos Talentos para la celebración del convenio, lo cual conlleva a su invalidez, no pueden analizarse a través del medio de control de nulidad electoral, conforme fue ratificado por el Consejo de Estado en la sentencia del 8 de junio de 2017. No obstante, como bien adujo el Ministerio Público en su intervención, el cuestionamiento mencionado versó en clarificar si dicha entidad puede ser categorizada como entidad especializada en procesos de selección – que, sea del paso reiterar, no es así –, por lo que este argumento no está llamado a prosperar.

Resulta imperioso destacar que, tratándose de actos electorales, y más aún propio del caso concreto, existen dos momentos: **(i) procedimental:** el concurso de méritos que comprende las fases de convocatoria, reclutamiento, admisiones, pruebas y resultados **(causales objetivas)** y; **(ii) declaratoria de elección:** entrevista y selección del personero a través de su cabildo municipal o distrital, a partir de la lista de elegibles derivada de la puntuación obtenida en la etapa previa, que se ve reflejado en el acto susceptible de ser demandado **(causales subjetivas)**.

Lo anterior para señalar que, distinto al escrito de salvamento de voto de uno de los magistrados *a quo* y con él el argumento de sustento en la apelación del demandado, la capacidad de las entidades que acompañaron a la corporación municipal sí resulta relevante para configurarse el vicio ya estudiado al detalle, por cuanto como bien ha expuesto esta Sección, el carácter de entidad especializada en procesos de selección de personal que apoye al Concejo, vedado por el contenido de su objeto, le permitirá a este acreditar la idoneidad de la institución que elija para respaldarla en el concurso de mérito y de presentarse irregularidad en ello, todo lo surtido a partir de este acompañamiento estará por fuera de los lineamientos legales y constitucionales.

Con relación a la solicitud de extender el derecho a la igualdad tomando como base la decisión adoptada por la Sala Tercera del Tribunal Administrativo de Antioquia, debe recordársele al recurrente que es esta Sección Especializada del Consejo de Estado el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, por lo que a partir de la jurisprudencia que de aquí se emane, se fijarán los parámetros generales sobre los temas a abordar en situaciones similares sin que ello atente con los derechos fundamentales de las partes ni vaya en contravía de las directrices de Convención Americana para los Derechos Humanos, dentro de lo cual es importante destacar que la sentencia invocada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no resulta aplicable por cuanto ella solo es extensiva, según la particularidad de cada caso, a los servidores elegidos por voto popular.



SC 5780-6





Respecto de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del expediente N°. 2020-00409, esta Consejería encuentra que, en decisión de 4 de marzo de 2021, la Corporación Electoral Especializada revocó la providencia en cita y con ello declaró la nulidad del acto de elección del personero de Girardot realizando un estudio analógico – guardando sus vicisitudes – del aquí controvertido.

Finalmente, frente a la cita invocada por el demandado del discurso dado por el presidente de la República en la posesión de la procuradora General de la Nación, esta Colegiatura no ve necesario realizar mención alguna pues esta fue una mera apreciación del alto dignatario sin que en él se consigne algún presupuesto de hecho o de derecho.

Corolario, se impone para la Sala confirmar la decisión del *a quo* de acceder a la nulidad electoral solicitada en la demanda y con ello, declarar la nulidad del acto de elección del señor **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA** como Personero Municipal de Apartadó para el periodo 2020 – 2024, contenido en la Resolución N°. 009 y el Acta N° 002 de 10 de enero de 2020 – sesión plenaria ordinaria del Concejo Municipal de Apartadó –, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

### III. FALLA:

**PRIMERO. CONFIRMAR** la sentencia de 3 de diciembre de 2020 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Quinta de Decisión, que accedió a las pretensiones de la demanda de **DECLARAR** la nulidad del acto mediante el cual se eligió al señor **JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA** como Personero Municipal de Apartadó para el periodo 2020-2024, contenido en la Resolución N°. 009 y el Acta N° 002 de 10 de enero de 2020 – sesión plenaria ordinaria del Concejo Municipal de Apartadó –, de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia.

**SEGUNDO.** Como consecuencia de lo anterior, el Concejo Municipal de Apartadó deberá realizar nuevamente, en su totalidad, el concurso de méritos para la elección del personero de dicho ente territorial.

**TERCERO.** Ejecutoriada esta decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**



SC 5780-6





**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
**Presidente**

**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**  
**Magistrado**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
**Magistrada**  
**Aclara voto**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
**Magistrado**

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.

**ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Necesidad de que el legislador expida normas para que el Departamento Administrativo de la Función Pública acompañe y asesore el proceso de selección / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Funciones / DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA – Entidad idónea para llevar a cabo los concursos de méritos en el proceso de elección del personero**

[Se presenta la] aclaración de voto frente a un aspecto cuyo planteamiento no fue recibido por la Sala mayoritaria, atinente a la necesidad de solicitar al legislador materializar normativamente una solución para que a los Concejos se les posibilite contar con el acompañamiento y asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, dentro de los procesos de selección del personero municipal, y con ello puedan, si a bien lo tienen, redistribuir los recursos que en principio estarían destinados a contratar empresas especializadas en la mentada labor, para la salvaguarda y necesidades de sus entes territoriales. Como primera medida, resulta relevante destacar que, dentro de las finalidades del Estado Social de Derecho y sus organizaciones existe la de propender por el desarrollo económico y social de sus integrantes a partir de, entre otros, la optimización y adecuada administración de los recursos con los que cuenta, resaltando el presupuesto público como uno de ellos. De acuerdo con la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, el presupuesto público es: “una herramienta fundamental para la toma de decisiones de todos los gobiernos territoriales a través del cual se puede dar cumplimiento a los programas de gobierno, los planes de desarrollo y en fin poder impulsar y propiciar la satisfacción de necesidades





básicas de la población y el desarrollo de los territorios”. Entonces de ello se extrae que, con este instrumento, el Estado delimita, planea y proyecta las distintas labores que debe realizar para alcanzar los objetivos que se traza encaminados al bienestar de su comunidad y territorio. (...). La finalidad de dichas regulaciones se estructura en que los municipios puedan efectivizar la ejecución del presupuesto atendiendo las necesidades que estos tengan y así, las administraciones locales puedan entregar los resultados a las metas inicialmente concertadas. Esto guarda intrínseca relación con las potestades otorgadas a las entidades territoriales: los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas (...), para que, conforme a su autonomía gestionen sus intereses teniendo como guía la Constitución y la ley, gozando de derechos tales como gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que le correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. (...). Con esto [se pretende] evidenciar que existe un trabajo mancomunado entre distintos órganos municipales, todos ellos propendiendo por el bienestar de sus habitantes y en cumplimiento de los fines constitucionales y legales para los que fueron creados. Bajo este componente, además de lo referido, los Concejos también tienen un deber superior atendiendo los lineamientos del constituyente de 1991 de elegir a sus personeros. (...). Ahora bien, como se expuso en la sentencia en comento, la Corte Constitucional mediante decisión C-105 de 2013, dejó claro los lineamientos bajo los cuales operaría el concurso de méritos para la mentada elección. (...). Y es que, con posterioridad a ello, el Gobierno Nacional a través del Decreto compilador 1083 de 2015 y antes en el Decreto 2485 de 2014, optó por detallar el procedimiento para que los Concejos Municipales llevaran a cabo el referido concurso, señalando, entre otros, los terceros que quedan facultados para gestionar el proceso de selección. (...). Por tanto, tratándose del concurso de méritos para la elección del personero, el concejo municipal puede apoyarse en: (i) universidades, (ii) instituciones de educación superior ya sean públicas o privadas o (iii) entidades especializadas en la selección de personal. (...). [E]l Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP resulta idóneo para el acompañamiento y apoyo para llevar a cabo los concursos de méritos tendientes a nombrar por meritocracia al Personero. Esta Corporación creada en 1958 –que en su origen tenía únicamente la función de organizar el servicio civil y la carrera administrativa, y administrar el talento humano al servicio del Estado–, ha ido teniendo una transformación misional significativa al punto que actualmente tiene a su cargo, entre otras: i. Brindar asesoría a la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración de la carrera administrativa; ii. Generar políticas en materia de control interno, racionalización de trámites, desarrollo administrativo, sistemas de información, incentivos a la gestión; iii. Asesorar a las demás instituciones en la implementación de los sistemas de gestión de la calidad; iv. Formular y promover las políticas e instrumentos en empleo público, organización administrativa, control interno y racionalización de trámites. En sus propias palabras “la Función Pública es la entidad estratégica, técnica y transversal del Gobierno Nacional que contribuye al bienestar de los colombianos mediante el mejoramiento continuo de la gestión de los servidores públicos y las instituciones en todo el territorio nacional [fomentando] el desarrollo de las instituciones y de su talento humano [y] promoviendo en las entidades públicas colombianas una gestión efectiva e innovadora...”. Con esto, no cabe duda de que el DAFP se encuentra plenamente dotado para brindarle el acompañamiento a los Concejos Distritales y Municipales que requirieran de su apoyo para llevar a cabo los procesos de selección y concursos de méritos para la elección de sus personeros, lo que, además de un claro trabajo armónico entre el sector público, también le permitiría a las autoridades locales optimizar sus recursos y distribuirlos para satisfacer las





necesidades en sus territorios, logrando así maximizar los fines del Estado Social de Derecho. Esas las razones por las cuales [se considera] que el fallo debía contener una solicitud al legislador de expedir una norma que conectara a los Concejos Municipales con la ESAP, en pro de consagrar que el apoyo y asesoría en el concurso de méritos para la elección de personero municipal, en tanto resulta la entidad idónea para tal efecto y resulta acorde a las necesidades presupuestales de los entes territoriales.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 286 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 287 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 311 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 313 NUMERAL 8 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 352 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 353

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

#### **ACLARACIÓN DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.**

Bogotá, D.C., diez (10) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

**Radicación número: 05001-23-33-000-2020-00480-01**

**Actor: PROCURADORES JUDICIALES DE MEDELLÍN**

**Demandado: JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA - PERSONERO MUNICIPAL DE APARTADÓ**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Presupuesto público. Concurso de personero municipal – Acompañamiento del Departamento Administrativo de la Función Pública.**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO**

---

Como Magistrada Ponente de la decisión adoptada en Sala de 29 de abril de 2021, presento mi aclaración de voto frente a un aspecto cuyo planteamiento no fue recibido por la Sala mayoritaria, atinente a la necesidad de solicitar al legislador materializar normativamente una solución para que a los Concejos se les posibilite contar con el acompañamiento y asesoría del Departamento Administrativo de la Función Pública, dentro de los procesos de selección del personero municipal, y con ello puedan, si a bien lo tienen, redistribuir los recursos que en principio estarían destinados a contratar empresas especializadas en la mentada labor, para la salvaguarda y necesidades de sus entes territoriales.

Como primera medida, resulta relevante destacar que, dentro de las finalidades del Estado Social de Derecho y sus organizaciones existe la de propender por el



SC 5780-6





desarrollo económico y social de sus integrantes a partir de, entre otros, la optimización y adecuada administración de los recursos con los que cuenta, resaltando el presupuesto público como uno de ellos.

De acuerdo con la Escuela Superior de Administración Pública – ESAP, el presupuesto público es: “una herramienta fundamental para la toma de decisiones de todos los gobiernos territoriales a través del cual se puede dar cumplimiento a los programas de gobierno, los planes de desarrollo y en fin **poder impulsar y propiciar la satisfacción de necesidades básicas de la población y el desarrollo de los territorios**”<sup>31</sup>.

Entonces de ello se extrae que, con este instrumento, el Estado delimita, planea y proyecta las distintas labores que debe realizar para alcanzar los objetivos que se traza encaminados al bienestar de su comunidad y territorio.

Para ello, tanto el constituyente como el legislativo dispusieron una serie de normas reguladoras sobre la materia, dentro de las cuales, a título ilustrativo se mencionan, los artículos 352 y 353 de la Constitución Política que determinan que la Ley Orgánica de Presupuesto delimitará lo correspondiente a la programación, aprobación, modificación y ejecución de los presupuestos, entre otros, de los entes territoriales, debiéndose regir por los principios del *Régimen Económico y de la Hacienda Pública*, consignados en la Carta. Asimismo, las Leyes 136 (organización y funcionamiento de los municipios) y 152 (Plan General de Desarrollo) de 1994 y el Decreto 111 de 1996 (Estatuto Orgánico de Presupuesto)<sup>32</sup>, exponen de manera general la regulación correspondiente a la estructura organizativa y presupuestal de los municipios.

La finalidad de dichas regulaciones se estructura en que los municipios puedan efectivizar la ejecución del presupuesto atendiendo las necesidades que estos tengan y así, las administraciones locales puedan entregar los resultados a las metas inicialmente concertadas.

Esto guarda intrínseca relación con las potestades otorgadas a las entidades territoriales: los departamentos, distritos, municipios y territorios indígenas (artículo 286 Superior), para que, conforme a su autonomía gestionen sus intereses teniendo como guía la Constitución y la ley, gozando de derechos tales como gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que le correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales (artículo 287 *ídem*).

<sup>31</sup> Extracto tomado de [Presupuesto Público](#).

<sup>32</sup> No obstante, desde la expedición de las normas en cita, se han promulgado más regulaciones que permiten complementar y nutrir lo aquí condensado, a saber: las Leyes 617 de 2000, 819 de 2003, 1473 de 2011, y recientemente en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, el Decreto Legislativo 683 de 2020.





Tratándose de los municipios, actualmente en Colombia, según reporta el DANE<sup>33</sup>, existen 1124, los cuales tienen una función macro constitucional de, entre otras, **“prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes”** (artículo 311 C.Pol.), y cuya composición organizativa en materia presupuestal, o Instancias del Sistema Presupuestal Municipal – SPM, está dividida en<sup>34</sup>:

- i. **Alcalde:** coordina la iniciativa del gasto y su ejecución, velando por su coherencia con las prioridades del Plan de Desarrollo distrital o municipal
- ii. **Concejo Municipal:** órgano de elección popular, tiene la función, en materia presupuestal, de autorizar los gastos que serán ejecutados por el gobierno municipal.
- iii. **Planeación Municipal:** encargada de la función de planeación, estableciendo mecanismos de dirección, coordinación y monitoreo desde la formulación del Plan de Desarrollo, hasta su evaluación. En materia presupuestal, debe elaborar, en coordinación con la Secretaría de Hacienda, el Plan Operativo Anual de Inversiones, que permita integrar el sistema presupuestal y de planeación.
- iv. **Secretaría de Hacienda:** encargada, entre otras, del manejo financiero del Municipio; funge como vocero e intermediario entre el alcalde y el Concejo en lo atinente al presupuesto del ente territorial.
- v. **Comité de Hacienda Municipal:** órgano asesor y consultor de la política fiscal municipal, tanto de la Secretaría de Hacienda como del alcalde.
- vi. **Consejo de Gobierno:** órgano consultivo encargado de apoyar al alcalde en la adopción de decisiones en cuanto a la política económica y social del gobierno municipal.

Con esto pretendo evidenciar que existe un trabajo mancomunado entre distintos órganos municipales, todos ellos propendiendo por el bienestar de sus habitantes y en cumplimiento de los fines constitucionales y legales para los que fueron creados.

Bajo este componente, además de lo referido, los Concejos también tienen un deber superior atendiendo los lineamientos del constituyente de 1991 de elegir a sus personeros, pues el artículo 313 numeral 8 de la Carta es claro en señalar que *“Corresponde a los concejos:... Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.”*

<sup>33</sup> Al respecto puede consultarse [Departamentos y municipios de Colombia | Datos Abiertos Colombia](#).

<sup>34</sup> De conformidad con el esquema planteado por la Contraloría General de la República, contenido en [Manual Presupuestal Municipal](#).





Ahora bien, como se expuso en la sentencia en comento, la Corte Constitucional mediante decisión C-105 de 2013, dejó claro los lineamientos bajo los cuales operaría el concurso de méritos para la mentada elección, dentro de estos destaco el siguiente:

**“La posibilidad de que las corporaciones administrativas de elección popular se apoyen en terceros para llevar a buen término el procedimiento concursal previo a la elección del personero:** en una clara manifestación, el Alto Tribunal Constitucional reconoce las limitaciones que un concejo puede tener frente a la competencia del concurso de méritos, en tanto a juicio de la Corte, es de un nivel alto de complejidad, que se refleja en *‘la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y, por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes. Se requiere, así mismo, el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa, en un contexto conflictivo en el que, por la dinámica natural de la contienda y la competencia, las decisiones son cuestionadas y controvertidas de manera sistemática y reiterada. En otras palabras, las dificultades de los concursos hacen imperativa la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras, de las que en principio carecen los concejos municipales y distritales.’*”.

Y es que, con posterioridad a ello, el Gobierno Nacional a través del Decreto compilador 1083 de 2015 y antes en el Decreto 2485 de 2014, optó por detallar el procedimiento para que los Concejos Municipales llevaran a cabo el referido concurso, señalando, entre otros, los terceros que quedan facultados para gestionar el proceso de selección.

Así, el artículo 2.2.27.1 del mentado decreto contempla:

**“ARTÍCULO 2.2.27.1 Concurso público de méritos para la elección personeros.** El personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital.

Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, **que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal (...)**”

Por tanto, tratándose del concurso de méritos para la elección del personero, el concejo municipal puede apoyarse en: **(i)** universidades, **(ii)** instituciones de educación superior ya sean públicas o privadas o **(iii)** entidades especializadas en la selección de personal.

Lo anterior se hace con el fin de salvaguardar los principios de publicidad, objetividad y transparencia, así como una clara garantía a la participación pública y objetiva en el proceso de selección que deben adelantar los Concejos Municipales y Distritales para la provisión del empleo de Personero.

En este punto, me permito referir que el Departamento Administrativo de la Función Pública – DAFP resulta idóneo para el acompañamiento y apoyo para



SC 5780-6





llevar a cabo los concursos de méritos tendientes a nombrar por meritocracia al Personero.

Esta Corporación creada en 1958 –que en su origen tenía únicamente la función de organizar el servicio civil y la carrera administrativa, y administrar el talento humano al servicio del Estado–, ha ido teniendo una transformación misional significativa al punto que actualmente tiene a su cargo, entre otras<sup>35</sup>:

- i. brindar asesoría a la Comisión Nacional del Servicio Civil para la administración de la carrera administrativa;
- ii. generar políticas en materia de control interno, racionalización de trámites, desarrollo administrativo, sistemas de información, incentivos a la gestión;
- iii. asesorar a las demás instituciones en la implementación de los sistemas de gestión de la calidad;
- iv. formular y promover las políticas e instrumentos en empleo público, organización administrativa, control interno y racionalización de trámites

En sus propias palabras *“la Función Pública es la entidad estratégica, técnica y transversal del Gobierno Nacional que contribuye al bienestar de los colombianos mediante el mejoramiento continuo de la gestión de los servidores públicos y las instituciones en todo el territorio nacional [fomentando] el desarrollo de las instituciones y de su talento humano [y] promoviendo en las entidades públicas colombianas una gestión efectiva e innovadora...”*

Con esto, no cabe duda de que el DAFP se encuentra plenamente dotado para brindarle el acompañamiento a los Concejos Distritales y Municipales que requirieran de su apoyo para llevar a cabo los procesos de selección y concursos de méritos para la elección de sus personeros, lo que, además de un claro trabajo armónico entre el sector público, también le permitiría a las autoridades locales optimizar sus recursos y distribuirlos para satisfacer las necesidades en sus territorios, logrando así maximizar los fines del Estado Social de Derecho.

Esas las razones por las cuales considero que el fallo debía contener una solicitud al legislador de expedir una norma que conectara a los Concejos Municipales con la ESAP, en pro de consagrar que el apoyo y asesoría en el concurso de méritos para la elección de personero municipal, en tanto resulta la entidad idónea para tal efecto y resulta acorde a las necesidades presupuestales de los entes territoriales como lo expliqué en precedencia.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
**Magistrada**

“Este documento fue firmado electrónicamente. Usted puede consultar la providencia oficial con el número de radicación en <http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081>”.

<sup>35</sup> Información recopilada de [Función Pública](#).





---

Radicación: 05001-23-33-000-2020-00480-01  
Demandantes: PROCURADORES JUDICIALES DE MEDELLÍN  
Demandado: JUAN DAVID OSPINA ARBOLEDA  
(Personero Municipal de Apartadó)



SC 5780-6



Calle 12 No. 7-65 – Tel: (57-1) 350-6700 – Bogotá D.C. – Colombia  
[www.consejodeestado.gov.co](http://www.consejodeestado.gov.co)