



ACUMULACIÓN DE PROCESOS – Procede por causales objetivas sin distinción del número de demandados

[L]a delegada del Ministerio Público solicitó a la Sección pronunciarse en relación con la “acumulación de demandas contra sujetos diversos, si la causa es la misma, independiente de que el acto demandado sea diverso”. Lo anterior por cuanto en el Tribunal Administrativo de Arauca se formularon dos (2) demandas en relación con la misma elección de Alexander Rivera Andrade como personero de Arauca 2020-2024; la primera con radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01 y la segunda con radicado 81001-23-33-000-2020-00018-01, cuya apelación conoce ahora este despacho, las cuales fueron tramitadas de forma independiente y se produjeron, en consecuencia, dos (2) sentencias que, a su turno, fueron objeto de apelación ante esta Sección. (...). Sobre el primer asunto traído a colación por el Ministerio Público [acumulación del proceso con el radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01], se advierte que al interior de esta actuación éste no ha sido objeto de las cuestiones de orden procesal y sustancial que han planteado por las partes. Así las cosas, considera la Sala que no es la oportunidad para pronunciarse sobre dicha postura, dado que no se enmarca ninguno de los asuntos a resolver en el *sub lite*. De otra parte, respecto de la posición de esta Sección en cuanto a la acumulación de procesos en materia electoral, que parece haber sido desconocida por el Tribunal Administrativo de Arauca, se considera oportuno hacer algunas precisiones, a pesar de que no tenga efectos en la decisión que aquí se adopte, por ser un asunto que fue resuelto y que quedó en firme en la etapa correspondiente en la primera instancia, lo cual, además estaría saneado en virtud de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA. (...). De la norma transcrita [artículo 282 de la Ley 1437 de 2011], se tiene entonces que consagra aquellos eventos en los cuales es procedente la acumulación de procesos en materia electoral. Sobre el particular esta Sala Electoral ha precisado que la acumulación de procesos en los cuales el fundamento son “irregularidades en la votación o en los escrutinios” (causales objetivas) procede sin distinción del número de demandados, es decir que, nada obsta para que se acumulen demandas cuando se trate de un mismo demandado. En ese orden de ideas, dado que tanto en el *sub judice* como en el proceso radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01 se alegaron causales objetivas de nulidad y éstas se dirigían contra un mismo demandado, el Tribunal Administrativo de Arauca debió, con base en el principio de economía procesal, celeridad y seguridad jurídica, acumular los dos procesos, a efectos de tramitarlos bajo una misma cuerda procesal y proferir una sola sentencia, en los términos del inciso primero del artículo 282 *ejusdem*. Por lo anterior, la Sala exhortará al Tribunal Administrativo de Arauca para que, en lo sucesivo, aplique el artículo 282 del CPACA según las precisiones hechas en este proveído y la jurisprudencia de esta Corporación.

NULIDAD ELECTORAL – Marco jurídico de la apelación / NULIDAD ELECTORAL – Los cargos cobijados por la cosa juzgada no son objeto de nuevo pronunciamiento

En la apelación interpuesta por el [demandado] (...), se advierte que se exponen argumentos y cargos nuevos, así como algunas cuestiones que no son materia de estudio en este momento procesal, en atención a que ya fueron objeto de decisión en la primera instancia o se consideran inoportunas. (...). Recuerda la Sala, que al estar en firmes las decisiones que resolvieron los citados cuestionamientos o al no haber sido propuestos en la etapa correspondiente, no se puede traer el debate a esta instancia procesal, habida cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA que, en tratándose de nulidades establece que “[a]gotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que



acarrean nulidades, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.” (...). En este punto es preciso resaltar que esta Sección, en sala de 18 de marzo pasado, con ponencia de la magistrada Rocío Araujo Oñate, estudió y decidió el recurso de apelación dentro del expediente con radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01, en la cual se abordaron aspectos semejantes a los del *sub judice*, razón por la cual, al haber hecho tránsito a cosa juzgada no serán objeto de un nuevo pronunciamiento.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL – Contexto de la sentencia del Consejo de Estado fundamento de la decisión de nulidad de la elección / NULIDAD ELECTORAL – Inexistencia de justificación para modificar el marco regulatorio del proceso de selección del personero municipal

El demandado argumentó que la sentencia de 27 de agosto de 2020, expediente 11001032800020190009100 de la Sección Quinta, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, en la que analizó la legalidad del acuerdo mediante el cual se designó a la directora de CORTOLIMA y que fue invocada en la providencia recurrida, no solo trata un tema diferente, sino que los párrafos transcritos hacen referencia a que el acto que contiene la convocatoria pública fija las bases del proceso electoral es la norma regulatoria del proceso de selección. (...). En este punto, advierte la Sala que el juzgador de primera instancia se sirvió de la providencia en cita para indicar que en los procesos de selección de ciertos servidores públicos de periodo fijo, tales como los personeros municipales, el acto de convocatoria es de naturaleza obligatoria, habida cuenta que, constituye el marco regulatorio del proceso electoral y, en consecuencia, es de imperativo cumplimiento tanto para el órgano elector -convocante-, los participantes y connaturalmente para el operador del concurso. Así las cosas, a pesar de que en la misma providencia se reconoció, con base en el precedente establecido en la jurisprudencia de esta Sección, que en casos excepcionales es posible variar los términos de la convocatoria, y así lo resaltó el impugnador trayendo a colación otros apartes de la misma, encuentra la Sala que no es posible justificar el actuar de UNITRÓPICO bajo el entendido de que, con miras a hacer más explícitos los temas a evaluar en el componente de “normas del servicio público”, incluyó preguntas de ofimática, como quiera que, no se explicó ni se probó ninguna situación que habilitara al operador del concurso para modificar el marco regulatorio del proceso de selección del personero municipal, establecido en la pluricitada Resolución 200.10.021 de 2019, que en todo caso, solamente era modificable por quien la expidió, esto es, el Concejo Municipal de Arauca y bajo las circunstancias excepcionales decantadas por la jurisprudencia de esta Corporación. Así las cosas, el cargo de impugnación no está llamado a prosperar.

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE COSA JUZGADA

[E]s menester precisar que debido a la negativa del Tribunal de instancia de acumular los procesos dirigidos contra la elección del personero de Arauca (2020-2024) se profirieron dos (2) sentencias y, a su vez, a esta Corporación llegaron las apelaciones de dichos procesos de manera separada, lo que conllevó a decidirlos también de esa forma. (...). Aunado a ello, los cargos de impugnación formulados son, en su mayoría, iguales, como se mostró en el marco jurídico de la apelación, y ya fueron objeto de decisión en el proveído de 18 de marzo pasado que puso fin al proceso radicado 2020-00023-01, C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate, e hicieron tránsito a cosa juzgada, por lo que, no resulta procedente volver a emitir un pronunciamiento de fondo sobre estos. (...). Así las cosas, habida cuenta que los radicados 2020-00023-01 y 2020-00018-01 guardan identidad de objeto, es decir, el acto demandado es el mismo; identidad de causa, pues los argumentos



principales de las demandas y, también, los de la apelación son idénticos y que, finalmente, el requisito de identidad jurídica de las partes no es exigible en este tipo de procesos dado que al ser un medio de control público, la nulidad electoral puede ser interpuesta por cualquier persona, la Sala se atenderá a lo dispuesto y discutido en el primero de los procesos, por considerar que los cargos que se reseñan a continuación ya fueron decididos y se encuentran cobijados por el fenómeno de la cosa juzgada.

CONTROL DE LEGALIDAD - De la necesidad o no de demandar los actos previos al de elección

El [demandado] (...) insistió en que no se demandaron los actos que, conforme a los reparos elevados, debían ser objeto de control de legalidad, esto es, el que dio origen a la convocatoria, el que contiene el resultado de las pruebas y la lista de elegibles que contiene la decisión de la administración respecto de quienes, en orden descendente, obtuvieron los mayores puntajes. (...). En este punto, advierte la Sala que esta censura coincide con el cargo que fue estudiado y resuelto de manera desfavorable en el proveído de 18 de marzo 2021, en el cual se indicó con claridad que son actos demandables en los procesos de nulidad electoral, los de elección por voto popular o por cuerpos electorales, entre otros, y que cuando la irregularidad alegada recaiga en un acto de trámite, este no debe ser, en estricto sentido, incluido como un acto demandado, pues su legalidad será objeto de estudio para determinar la del acto definitivo. Colofón de lo anterior, la Sala dispondrá remitirse a los argumentos y estarse a lo resuelto en el fallo proferido el 18 de marzo hogaño, radicación 2020-00023-01.

NULIDAD ELECTORAL – Agotamiento de la etapa previa de reclamación contra el acto que contiene los resultados del concurso

En su recurso de apelación, el [demandado] adujo que el demandante no agotó la etapa de reclamaciones contra el acto que comunicó los resultados de las pruebas, para lo cual había un término perentorio de un (1) día, contado a partir de presentadas dichas evaluaciones de conocimientos. Al respecto, la Sala advierte que este argumento también guarda relación con aquel que fuera estudiado y decidido en el fallo del proceso 2020-00023-01, en donde se apuntó que la falta de agotamiento de la reclamación por parte del demandante frente al acto que comunicó el resultado de las pruebas es un debate ajeno al fundamento de la irregularidad encontrada por el Tribunal *a quo*, es decir, la inclusión de asuntos en la prueba de conocimientos que no hacían parte de los núcleos a evaluar, y en todo caso, es claro dicha inconformidad relacionada con un supuesto requisito de “procedibilidad” debió proponerse en la etapa procesal correspondiente de la primera instancia, so pena de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA.

NULIDAD ELECTORAL - Procedencia de revocar la Resolución REC 207 de 2019

[E]l demandado señaló que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que era improcedente revocar mediante Resolución REC 215 de 2019 el contenido del literal b) del artículo 3 de la Resolución REC 207 de 2019, por medio de la cual UNITRÓPICO estableció los temas sujetos a evaluación en la correspondiente prueba de conocimientos, toda vez que, al ser un acto particular y concreto, dirigido a quienes mediante ella había sido convocados, se requería consentimiento de los interesados. (...). [L]o que el actor pretende es justificar que ante la improcedencia de la revocatoria del literal b) del artículo 3 de la Resolución



REC 207 de 2019, se debe entender que la inclusión de las preguntas relacionadas con las competencias en ofimática se realizó en debida forma, por lo que no puede predicarse entonces la irregularidad que se plasmó en la providencia hoy impugnada. Así las cosas, la Sala considera pertinente atenerse a lo dispuesto en el proveído del 18 de marzo de 2021, rad. 2020-00023-01, en el cual se advirtió que “contrario a dicho aspecto, esta Corporación considera que dicho argumento no tiene vocación de prosperidad, pues es claro que la no inclusión del tema denominado como ofimática, como se presentó por tribunal a quo (...), proviene de las reglas del concurso público de méritos que fueron establecidas en la Resolución 200.100.021 del 7 de noviembre del 2019. Así las cosas, determinar si era o no viable la revocatoria directa del acto mencionado por el demandado, resulta inane frente a la realidad probatoria descrita, es decir, la improcedencia de incluir las preguntas en comentario, deviene de lo fijado por el órgano elector frente a las normas del proceso de selección del personero municipal.”

CONCURSO DE MÉRITOS - Variación de los términos de las convocatorias

En línea con lo planteado en el recurso de apelación presentado dentro del proceso 2020-00023-01, en el presente proceso, el demandado alegó que los términos de las convocatorias pueden variarse de manera excepcional, como ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, que ha precisado que ello es viable (i) cuando el cronograma expresamente lo autorice; (ii) cuando el reglamento de la entidad así lo disponga y (iii) en eventos de fuerza mayor y caso fortuito. No obstante, el censor no explicó cuál de los eventos acaeció en el *sub lite*. Por lo que la Sala dispondrá tenerse a lo resuelto en el fallo proferido dentro del citado proceso, en el cual se explicó que, según la jurisprudencia de esta Sección, como regla general la convocatoria pública es inmodificable y de obligatorio acatamiento para la entidad convocante, para quienes participan en ella y para otros terceros interesados en la misma, salvo que se presenten situaciones que justifique la alteración de las condiciones iniciales del proceso de selección, que en este caso no se advierten.

JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Aplicación del criterio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal dado que no se vulneró el principio de igualdad entre los participantes / JUICIO DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO - Estudio bajo el principio de proporcionalidad y test de ponderación, a efectos de determinar la afectación razonable de derechos y garantías fundamentales

En el proveído de 18 de marzo de 2021, la Sección con base en la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación precisó que lo pretendido por demandado escapa de la naturaleza del control que se ejerce en materia de nulidad electoral y, en consecuencia, despachó desfavorablemente el cargo, habida cuenta que al juez electoral está llamado a hacer un juicio de legalidad del acto cuestionado y “lo cierto es que esta instancia no puede efectuar apreciaciones adicionales a efectos de sopesar los intereses del elegido frente a la entidad de la irregularidad evidenciada, buscando determinar con ello la viabilidad o no decretar la ilegalidad del acto acusado, pues es claro que, al ser un análisis meramente objetivo, la sola configuración de la causal de nulidad que se alegue tiene como consecuencia la expulsión del ordenamiento jurídico de la decisión de la administración (...).” En ese orden de ideas, la Sala estima tenerse a lo dispuesto en el pluricitado proceso rad. 2020-00023-01, C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate.



CONCURSO DE MÉRITOS - Viabilidad de incluir la ofimática en la prueba de conocimientos en consideración a las estrategias de Gobierno Digital y la utilización de TIC en el marco de actuaciones administrativas

Los apelantes, en sus escritos de impugnación, coincidieron en que el concurso de méritos atendió todas las disposiciones de orden legal y reglamentario aplicables. Aunado a ello, para los censores las preguntas relativas al conocimiento de las herramientas en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y/o ofimática, no son ajenas o no van en contravía a las competencias que debe tener un personero municipal o cualquier funcionario público para el correcto desarrollo de sus funciones. Concluyeron señalando que, dicha temática se entiende incluida en el núcleo de conocimientos esenciales de normas del sector público -aspecto evaluado- conforme a lo dispuesto en el Decreto 1083 del 2015, el CPACA, el CGP y la norma NCLSP.GSA.01. Al respecto, se dispondrá tenerse a lo resuelto en el proceso 2020-00023-01, el 18 de marzo pasado, habida cuenta que, a pesar que los aquí apelantes invocaron, además, el CPACA y el CGP a fin de justificar la inclusión de las preguntas sobre ofimática en la prueba de conocimientos, argumento es en esencia el mismo que se planteó en citado el proceso, el cual fue desestimado por considerar que el estudio de legalidad se debía hacer respecto de los temas a evaluar expresamente consagrados en la Resolución 200.10.021 de 7 de noviembre de 2019, expedida por el órgano elector.

CONCURSO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Criterio de incidencia en el acto de elección / REITERACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

Al igual que en el fallo del 18 de marzo de 2021, rad. 2020-00023-01, C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate, quiere la Sala precisar que, hasta este punto, la decisión del Tribunal Administrativo de Arauca se mantiene incólume, pues, es claro que, al momento de la aplicación de la prueba de conocimientos, el operador del concurso de méritos incluyó en los mismos temas que no debieron ser objeto de evaluación, como lo son las preguntas de ofimática y de comprensión de lectura. No obstante, en el fallo citado, luego de un extenso y pormenorizado estudio, la Sala arribó al convencimiento de que aún en el evento de la exclusión de las preguntas de ofimática y de comprensión de lectura de la prueba de conocimientos, y en el hipotético caso en que los demás concursantes hubiesen obtenido el máximo puntaje en (i) la prueba de competencias laborales, (ii) la valoración de la experiencia y (iii) la entrevista, el [demandado] (...) continuaría ocupando el primer lugar de la lista de elegibles, aspecto que permite concluir que la irregularidad que se demostró al interior del proceso de selección del personero de Arauca (2020-2024), no tiene la incidencia suficiente que permita concluir que el resultado eleccionario hubiera sido diferente. Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2485 de 2014, en concordancia con el artículo el artículo 30 de la Resolución 200.10.021 del 7 de noviembre del 2019, expedida por el Concejo Municipal de Arauca, el cargo de personero debe cubrirse con la persona que ocupe el primer lugar en la lista de elegibles, que en el *sub lite* es [el demandado] (...). Colofón de lo anterior, respecto de los cargos cobijados por la cosa juzgada, esta Sala de Decisión dispondrá tenerse a lo resuelto en la sentencia del 18 de marzo de 2021, radicación 81001-23-33-000-2020-00023-01, M.P. Rocío Araujo Oñate. Y con base en las apreciaciones allí hechas y los cargos absueltos en el presente proveído, se impone la revocatoria del numeral 2º de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca en el radicado 81001-23-33-000-2020-00018-00, por el cual declaró la nulidad del acto de elección de [del demandado] como



personero municipal de Arauca (2020-2024), para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia se suscribió con salvamento de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sobre la acumulación de procesos en los cuales el fundamento son irregularidades en la votación o en los escrutinios (causales objetivas) sin distinción del número de demandados, consultar: Consejo de Estado, auto de ponente de 14 de agosto de 2013, C.P. Alberto Yepes Barreiro, exp. 08001-23-31-000-2011-01464-01; Consejo de Estado, auto de 12 de junio de 2014. C.P. Alberto Yepes Barreiro, exp. 11001-03-28-000-2014-00024-00; y, Consejo de Estado, auto de 14 de julio de 2014, C.P. Alberto Yepes Barreiro, exp. 11001-03-28-000-2014-00038-00. Sobre las circunstancias excepcionales para modificar los términos de la convocatoria, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 13 de junio del 2019, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 13 de junio del 2019, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00. En cuanto al fenómeno de la cosa juzgada, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de febrero de 2015, C.P. Susana Buitrago Valencia, radicación 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU). En cuanto a que, por regla general, la convocatoria pública es inmodificable y de obligatorio acatamiento para la entidad convocante, para quienes participan en ella y para otros terceros interesados en la misma, salvo que se presenten situaciones que justifique la alteración de las condiciones iniciales del proceso de selección, consultar, entre otras que se citan: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 13 de junio del 2019, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 3 de agosto de 2015, M.P. Alberto Yepes Barreiro, expediente 11001-03-28-000-2014-00128-00. En cuanto al juicio de legalidad que hace el juez electoral sin que pueda efectuar apreciaciones adicionales a efectos de sopesar los intereses del elegido frente a la entidad de la irregularidad evidenciada, buscando determinar con ello la viabilidad o no decretar la ilegalidad del acto acusado, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, rad. (SU) 11001-03-15-000-2014-03886-00; Criterio reiterado en: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de diciembre de 2016, M.P. Rocío Araújo Oñate, rad. 50001-23-33-000-2015-00006-01. Sobre otro caso en el que se abordaron aspectos similares al estudiado y que no serán analizados por existir cosa juzgada, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia de 18 de marzo de 2020, C.P. Rocío Araújo Oñate. Sobre un caso en el que se concluyó que pese a las irregularidades encontradas no había la incidencia suficiente para declarar la nulidad del acto, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 23 de marzo del 2017, M.P. Rocío Araújo Oñate, radicación 25000-23-41-000-2016-00219-01

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 207 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 282 / DECRETO 1083 DEL 2015 / DECRETO 2485 DE 2014 - ARTÍCULO 4

CONSEJO DE ESTADO





SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., tres (03) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 81001-23-33-000-2020-00018-01

Actor: DANYS JOSÉ GALINDO QÜENZA

Demandado: ALEXANDER RIVERA ANDRADE - PERSONERO DE ARAUCA – ARAUCA, PERÍODO 2020-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Irregularidades en la elección de personeros municipales - Inclusión de temas en las pruebas que no están señalados en los núcleos sujetos a evaluación - Criterio de incidencia – Reiteración de jurisprudencia

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por (i) el demandado, (ii) el Concejo Municipal de Arauca y (iii) la Fundación Universitaria - UNITRÓPICO contra el fallo proferido el 16 de octubre de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Arauca declaró la nulidad del acto electoral demandado contenido en el Acta 200.10.009 de 10 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

1.1 La demanda

El ciudadano Danys José Galindo Qüenza, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, demandó el acto que declaró la elección del señor Alexander Rivera Andrade como personero municipal de Arauca para el periodo 2020-2024, contenido en el Acta de Sesión Plenaria 200.01.009 de 10 de enero de 2020 del Concejo de la misma ciudad.

1.1.1 Pretensiones

En el libelo introductorio, el actor formuló una pretensión única, así:

“Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Acta No. 2001.01.009 del día 10 de enero del año 2020, mediante el cual se eligió el Personero del Municipio de Arauca para el periodo 2020 – 2024; por haber incurrido en la causal de nulidad contemplada en el Art. 137 del CPACA, específicamente por haberse expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse.” (Subrayas originales)



1.1.2. Hechos

Manifiesta que se inscribió y participó en la convocatoria para la elección del personero del municipio de Arauca, por concurso de méritos, período 2020-2024, expedida por el concejo municipal.

Indicó que el Concejo Municipal de Arauca expidió la Resolución No. 200.10.021 de 7 de noviembre de 2019 “*POR MEDIO DE LA CUAL SE CONVOCA Y SE REGLAMENTA EL CONCURSO PÚBLICO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DE PERSONERO (A) MUNICIPAL DE ARAUCA PARA EL PERIODO 2020-2024*”, entre cuyas reglas estableció los componentes de la prueba de conocimientos como criterio de selección, además de las etapas del concurso. En relación con la prueba de conocimientos, en el “*Art. 25, literal a*” (sic)¹ de dicha resolución, estableció dos módulos de conocimiento con sus respectivos porcentajes, a saber:

NÚCLEO	NOMBRE DEL COMPONENTE	TOTAL DE PREGUNTAS	PORCENTAJE DEL NÚCLEO	PORCENTAJE TOTAL
COMÚN	Normas de servicio público: conocimiento de derecho constitucional, leyes y conocimiento de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, conocimiento de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo y conocimiento de Derecho Administrativo.	40	30%	100%
ESPECÍFICO	Conocimiento en derecho disciplinario Conocimiento en derecho penal y procedimiento penal. Conocimiento de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Conocimiento de derecho policivo y de convivencia ciudadana. Conocimiento en normatividad en salud.	60	70%	

Señaló que la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano - UNITRÓPICO, en calidad de operador seleccionado por el Concejo Municipal de Arauca para la realización del concurso, expidió la Resolución REC 207 de 2019, mediante la cual se convocó a la realización de la prueba de conocimientos y se definieron los temas que serían objeto de evaluación, y en el artículo 3º, literal a) dispuso:

“a) Núcleo común: (...) *está conformado por los siguientes componentes:*

- I. Normas del servicio público: En este componente se evalúa el compendio de normas sobre el Concejo Municipal de Arauca, Arauca, así mismo el cargo de personero municipal conforme a su categoría, su estructura, régimen interno, distribución de competencia y funciones de las dependencias tanto misionales como de apoyo. Adicionalmente, el conocimiento sobre la Constitución Política de Colombia.*
- II. Ofimática: El objetivo es apreciar las nociones básicas sobre el conjunto de programas o aplicaciones de computadores más utilizadas que sirven de herramienta de obtención, presentación de manejo de la información en un*

¹¹ El artículo 25, fue citado erróneamente, pues, corresponde al artículo 21 de la mencionada resolución.



lugar de trabajo, tales como sistema operativo (Windows XP, 7, 8 o VistaR); hoja de cálculo (Microsoft Excel R) y el manejo de correo electrónico (Microsoft Outlook R).

b) Núcleo específico: *Este núcleo mide el grado de conocimiento en los temas específicos relacionados con los requisitos para el cargo y de las funciones que le corresponde de acuerdo con la convocatoria a la que aspira el concursante (...)*

Mencionó que en el trámite del concurso solicitó a dicha institución universitaria la revocatoria de la resolución anteriormente citada, habida cuenta que fue expedida en contravención a lo dispuesto en la Resolución No 200.10.021 de 2019, expedida por el concejo municipal, al establecer nuevos componentes en el *núcleo común*, puntualmente, en lo relativo a las preguntas de *ofimática* y en el *núcleo específico*, en general sobre preguntas que no correspondían a lo reglado por el órgano elector.

En respuesta a lo anterior, la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano, mediante Resolución REC 215 de 2019², revocó en su integridad el literal a) del artículo 3 de la Resolución REC 207 de 2019 y, en consecuencia, dispuso tener como núcleo común para la prueba de conocimientos lo establecido en el artículo 21, literal b) de la Resolución 200.10.021 de 2019 expedida por el concejo municipal.

No obstante, al momento de la aplicación de las pruebas, el 7 de diciembre de 2019, indica el libelista que *“para sorpresa de los participantes, en el Núcleo Común, se encontraban 15 preguntas de Ofimática y alrededor de 10 preguntas, que trataban sobre comprensión de lectura (Temas no establecidos en la Resolución N° 200.10.021 de 2019 del Concejo Municipal de Arauca)”*. Igualmente, menciona que en el núcleo específico se encontraron preguntas que no correspondían con lo reglado por el concejo municipal. Advertido de estas anomalías puso en conocimiento del representante de la Universidad que dirigía la aplicación de las pruebas, esta situación, quien manifestó que, en todo caso, debían responder. Así las cosas, de buena fe, procedió a contestar todas las preguntas.

El 10 de diciembre de 2019, la institución universitaria UNITRÓPICO publicó los resultados de las pruebas de conocimientos y competencias laborales, de donde se evidencia que, de 21 concursantes, solo uno (1) superó el puntaje requerido con una *“puntuación de 82”*, correspondiente al señor Alexander Rivera Andrade, mientras que el segundo obtuvo 62, el tercero 59, el cuarto 58 y los demás con puntajes inferiores, habiendo una diferencia marcada entre el primero y el segundo, de 21 puntos.

Informó que, ante tal resultado, el 17 de diciembre de 2019 y dentro del término previsto para presentar reclamaciones, mediante escrito dirigido al concejo municipal de Arauca, puso de presente las *“irregularidades presentadas en la prueba de conocimientos, donde fue evidente que las preguntas realizadas por*

² “POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA LA RESOLUCIÓN REC 207 DEL 29 DE NOVIEMBRE DEL 2019”



UNITRÓPICO, no se ajustaban a lo reglamentado en la resolución (sic) la Resolución No 200.10.021 de 2019”. Además, solicitó copia del cuadernillo de preguntas.

Por su parte, la institución universitaria responsable de practicar las pruebas, emitió respuesta a las reclamaciones presentadas frente a la prueba de conocimientos para lo cual explicó (i) que el término para presentar dichas reclamaciones era de un (1) día hábil, por lo que al no haber sido interpuesta en dicho lapso, no era procedente atenderla; (ii) que el Concejo Municipal de Arauca era autónomo para reglamentar el concurso de méritos para la elección de personero municipal; (iii) respecto de las preguntas de ofimática, arguyó que:

“Tenor de lo anterior y pese a la no reclamación en cuanto a la forma de la prueba de acuerdo al literal i) del artículo 5 de la Resolución REC 207 de 2019, tenemos que la Resolución 021 de 7 de noviembre de 2019 en su artículo 21 dentro del núcleo común se encuentra inmerso el componente de normas de servicio público, aquí es de indicar que dentro de las normas de servicio público se encuentra el cumplimiento en conocimientos académicos, los cuales según el Decreto 1083 de 2015 y Norma NCLSP.GSA.01, contemplan como conocimientos esenciales del sector público: los conocimientos básicos de ofimática, nociones básicas contables y conocimientos básicos de sistemas de gestión entre otros, dentro de la gestión de servicios administrativos propias del cargo a proveer, razón por la que los concursantes deben demostrar idoneidad en el manejo de estos temas”

Además, (iv) respecto de la solicitud de acceder a copias del cuadernillo de preguntas, alegó que:

“Por su parte, frente a la solicitud de copias, es de indicar que dicho material académico dentro de nuestra autonomía universitaria goza de reserva y esta será suministrada a los entes de control y de justicia que lo requieran.”

El 20 de diciembre de 2019, la fundación universitaria publicó el resultado definitivo de las pruebas de conocimientos académicos, competencias laborales y análisis de estudio y experiencia, quedando como único seleccionado el señor Alexander Rivera Andrade, es decir, *“quien aprobó la irregular prueba”*.

Finalmente, a pesar de las irregularidades advertidas, el proceso de elección del personero, continuó y según el cronograma establecido por el Concejo Municipal de Arauca, el día 10 de enero del año 2020, la corporación mediante acta No. 200.01.2009 eligió al señor Alexander Rivera Andrade como personero municipal para la vigencia 2020 – 2024.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

El actor indicó como normas violadas los artículos 137, 139 y 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y la Resolución No 200.10.021 de 2019 expedida por el Concejo Municipal de Arauca, con base en los siguientes argumentos:



En primer lugar, destacó que el artículo 139 del CPACA referido al medio de control de nulidad electoral, prevé como una exigencia procesal, que “*el demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección*”. Así mismo, que el artículo 275 del mismo estatuto procesal, establece que el acto de elección o de nombramiento es nulo, además de los casos señalados en la mencionada disposición, en los eventos previstos en el artículo 137 *ibídem*, entre los que se contempla haber sido expedido con “*infracción a las normas en que debería fundarse*”, causal que es precisamente la que fundamenta la pretensión anulatoria del acto de elección.

En segundo lugar, explicó que el Concejo Municipal de Arauca, expidió la Resolución 200.10.021 de 2019, por medio de la cual, se reglamentó el concurso de méritos para elegir al personero municipal de esa municipalidad, estatuto que debía regir todos los aspectos inherentes a dicho proceso por ser la norma rectora del proceso de selección. Agrega que, en este acto administrativo, se determinó, de manera expresa, cuáles eran los componentes de la prueba de conocimientos, permitiéndoles a los participantes la posibilidad de concentrar su estudio y preparación en los temas previamente definidos.

No obstante, reprochó que el operador del concurso, quien solo estaba facultado para aplicar y calificar la prueba, más no para modificar la temática, decidió incluir en la prueba de conocimientos preguntas referentes a temas que no estaban expresamente señalados en el artículo 25 Literal b) Resolución 200.10.021 de 2019, expedida por el concejo municipal, que en realidad corresponde al artículo 21 de dicha resolución, por medio del cual se estableció los núcleos temáticos y sus componentes. Así, agregó, que no es de recibo el argumento de UNITRÓPICO dado en el marco de una reclamación elevada por él, según el cual, las preguntas de *ofimática*, hacían parte de las normas sobre *servicio público*, que integraba el *núcleo común*, pues, lo que se discute es que estas no habían sido previamente señaladas como susceptibles de evaluación.

Así las cosas, concluyó que la prueba de conocimientos se apartó de la norma que reglamentó el concurso, siendo la génesis del vicio que afectó el acto de elección, pues, lo sensato y correcto era que el Concejo Municipal de Arauca, ante las varias reclamaciones formuladas en relación con las pruebas, hubiere hecho uso de sus facultades legales para ordenar al operador del concurso, ceñirse a las reglas preestablecidas o disponer la repetición de la prueba de conocimientos, esta vez, de conformidad con la Resolución 200.10.021 de 2019. Por lo tanto, estimó que el acto de elección contenido en el Acta No. 2001.01.009 del día 10 de enero del año 2020, se encuentra viciado de nulidad, por ser producto de la culminación de un concurso de méritos en el que no se respetó la estructura de los temas que serían susceptibles de evaluación, “*inobservando la norma en que debía fundarse*”, esto es, el Art. 25 de la Resolución N° 200.10.021 de 2019, léase artículo 21 de la misma.

1.2. Actuaciones procesales en primera instancia





1.2.1. Mediante auto de 17 de febrero de 2020, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Arauca admitió la demanda y ordenó notificar personalmente al señor Alexander Rivera Andrade, como personero municipal; al Municipio al Concejo de Arauca y al agente del Ministerio Público. Así mismo dispuso la vinculación de la Fundación Universitaria UNITRÓPICO.

1.2.2. En virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Legislativo 806 de 2020, mediante proveído de 17 de julio de 2020, el despacho conductor resolvió las excepciones previas propuestas por el demandado Alexander Rivera Andrade y el Concejo Municipal Arauca, quienes plantearon la excepción de *ineptitud sustantiva de la demanda*, la cual fue despachada desfavorablemente. Así mismo, la excepción previa formulada por el Municipio de Arauca, de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, la cual se declaró probada, ordenando su desvinculación.

1.3. Contestación de la demanda

1.3.1. Contestación de Alexander Rivera Andrade

Actuando en nombre propio, se pronunció sobre los hechos de la demanda y se opuso a la pretensión de nulidad de su elección, al asegurar que la misma se cumplió conforme a lo estipulado en la convocatoria. En efecto, consideró que el proceso de selección se desarrolló con estricto apego al debido proceso, el derecho a la igualdad, el principio de transparencia, sin que se advierta *“infracción de las normas en que debía fundarse”*. Así mismo, señaló que, como se puede verificar en el Acta 200.01.009 de 10 de enero de 2020, fue elegido como personero municipal, con 13 votos a favor y 2 en blanco, y en dicha acta constan las intervenciones de los concejales que participaron en la sesión y todo lo acontecido, lo que denota la legalidad y procedencia de la convocatoria.

En segundo lugar, propuso la “excepción de inepta demanda” por cuanto estimó que, en el acápite del concepto de violación, el actor se limitó a señalar *“una serie de supuestas irregularidades”* sin mencionar la norma trasgredida, quedando el concepto de violación, reducido a unas meras apreciaciones subjetivas que, incluso, no fueron de recibo por los jueces constitucionales en las acciones de tutela que interpuso, dado que no existía méritos para suspender el concurso.

En tercer lugar, indicó que la Resolución 200.10.021 de 07 de noviembre de 2019, expedida por el concejo municipal, reglamentó cada etapa del concurso y las temáticas a evaluar. De igual manera, UNITRÓPICO, por medio de la Resolución REC 207 de 2019, convocó y definió los temas de la prueba de conocimiento y señaló el término de un (1) día para presentar reclamaciones, sin que, en ese lapso, la institución universitaria encargada de su aplicación, hubiere recibido petición alguna o inconformidad al respecto. También alegó que el demandante centró su inconformidad en las 15 preguntas de ofimática incluidas en el examen; no obstante, todos los participantes debieron responder las mismas preguntas, por lo que *“no se observa desigualdad alguna para ninguno de los inscritos”*.



1.3.1. Contestación del presidente del concejo municipal

Por intermedio de apoderado judicial, el presidente del concejo municipal se opuso a la pretensión anulatoria y propuso la “excepción de inepta demanda”, aduciendo lo mismos argumentos del demandado, esto es, que el actor se limitó a señalar unas supuestas irregularidades, sin enunciar las normas transgredidas, por lo que el concepto de violación, se contrajo a una serie de apreciaciones subjetivas.

De otro lado, indicó que el demandante en su libelo introductorio, al referirse a la inclusión de preguntas sobre ofimática precisó que *“No se discute que el conocimiento de ofimática haga parte de dichas normas, (refiriéndose a las normas sobre servicio público), lo que se discute es que dicho tema no fue señalado previamente como susceptible de evacuación”*, de lo que se infiere que reconoció que este tema si hacía parte de este componente lo que, a su juicio, desvirtúa el supuesto yerro en que habría incurrido la fundación universitaria, por la inclusión de estas preguntas en el examen de evaluación.

Reiteró que todos los participantes tuvieron la oportunidad de conocer la Resolución 200.10.021 de 7 de noviembre de 2019, mediante la cual se determinó la estructura de la prueba de conocimientos, en la que está inmerso el componente denominado *“Servicio Público”* que, conforme al Decreto 1083 de 2015 y la norma NCLSP.GSA.01, incluye preguntas relacionadas con ofimática. En ese sentido, adujo que, si bien es cierto que la institución universitaria incluyó unos *“componentes”*, estos fueron previamente notificados a los participantes y al público en general, además, resaltó que *“un acto que establece una convocatoria, puede ser modificado, aclarado o lo que sea necesario para el desarrollo de la misma, siempre que se respete (sic) los principios de publicación y del debido proceso”*.

1.3.3. Municipio de Arauca

A través de apoderado judicial, el municipio se pronunció sobre los hechos y presentó las excepciones de (i) inexistencia de acto administrativo alguno expedido por su representado y (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que no participó del proceso de elección, excepción que fue resuelta favorablemente, en tanto se dispuso su desvinculación.

1.4. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Arauca, mediante sentencia del 16 de octubre de 2020, declaró la nulidad del acto de elección de Alexander Rivera Andrade como Personero del municipio de Arauca, para el período 2020-2024, contenido en el Acta No. 200.01.009 de 2020 del 10 de enero de 2020, expedida por el concejo municipal, para lo cual, primeramente, hizo un recuento normativo, constitucional³,

³Artículos 1º, 40.1, 118, 122, 129, 209, 285, 296, 311, 313, 321 de la Constitución Política de Colombia.



legal⁴, reglamentario⁵ y jurisprudencial⁶ en relación con los procesos de elección de los personeros municipales.

Explicó que la causal de nulidad endilgada contra el acto electoral, esto es, haberse expedido con infracción de las normas en que debería fundarse (artículo 137, en concordancia con el artículo 275 del CPACA), corresponde a la denominada causal objetiva, dado que no se funda en las condiciones personales del candidato o del cumplimiento de requisitos del elegido, sino en irregularidades presentadas en el proceso de elección. En ese sentido, circunscribió el estudio a determinar si en la prueba de conocimientos, efectuada por la institución universitaria, para la elección del personero municipal, se incluyeron preguntas no contempladas en el acto que reglamentó la convocatoria expedida por el Concejo municipal, esto es, la Resolución 200.10.021 de 2019.

Así, con base en las normas que regulan este tipo de concursos y, en especial, el artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 del 2015, indicó que la convocatoria es la *“norma reguladora del todo el concurso”* que *“obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes”*. En el presente caso, la Resolución 200.10.021 de 7 de noviembre de 2019, expedida por el Concejo de Arauca, contiene las bases del concurso, en tanto determinó las pruebas que debían aplicarse a los concursantes, entre ellas la prueba de conocimientos -artículo 21-, sobre la cual se establecieron dos núcleos temáticos: (i) uno común, en el cual se evaluarían normas de servicio público, a saber, conocimiento de derecho constitucional, Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, procedimiento administrativo y contencioso administrativo y (ii) uno específico, en el cual se evaluarían componentes del derecho disciplinario, derecho penal, mecanismos alternativos de solución de conflictos, derecho policivo y normatividad en salud.

En este orden, constató que la fundación universitaria UNITRÓPICO encargada de llevar a cabo el concurso, mediante la Resolución REC 207 de 2019, incluyó dentro de los componentes a evaluar, lo correspondiente a *ofimática* en el campo temático denominado *“normas del servicio público”*, aspecto que no fue previamente señalado por el Concejo de Arauca en el reglamento del concurso, ni se deriva del artículo 21 del mismo, como tampoco del Decreto 1083 del 2015, específicamente, el artículo 2.2.27.2 literal c), tal como o quiso hacer ver el mismo cabildo municipal, en la contestación de la demanda.

Precisó que, a pesar de que dicho yerro fue corregido mediante Resolución REC 215 de 5 de diciembre de 2019, la cual dispuso que se acogerían en su totalidad los términos de la Resolución 200.10.021 de 2019 proferida por el concejo municipal de Arauca, lo cierto es que al momento de la aplicación de las pruebas

⁴ Artículos 168 a 182 de la Ley 136 de 1994; artículo 1º de la Ley 1031 de 2006; artículos 35 a 38 de la Ley 1551 de 2012; el artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019.

⁵ Artículos 2.2.27.1 a 2.2.27.6 de la Ley 1083 de 2015.

⁶ Sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional; Consejo de Estado, sentencia de 30 de mayo de 2018, rad. 11001-03-28-000-2018-00045-00, M.P: Dr. Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 2261 del 3 de agosto 2015, rad. 11001-03-06-000-2015-00125-00, M.P: Dr. William Zambrano Cetina.





el 7 de diciembre de 2019, el cuestionario contenía, bajo la denominación del “núcleo común”, 15 preguntas de ofimática (Excel, Word, entre otros aspectos).

Además, de las 10 preguntas siguientes (16-25), relacionadas con el componente de “*Normas de servicio público*”, señaló que tampoco guardan relación con lo exigido por la convocatoria, dado que se refiere a la capacidad de análisis de textos y no a los asuntos propios del referido núcleo (derecho constitucional, Derechos Humanos, procedimiento administrativo, entre otros aspectos). Así, un número importante de preguntas -25 de las 40 del núcleo común (62.5%), o en total de las 100 de la prueba de conocimiento (25%)-, no habían sido previstas en el temario allí incluido. De otra parte, resaltó que la norma NCLP.GSA.01, que hizo parte de la evaluación, hace referencia a la gestión de servicios administrativos a cargo de servidores del nivel técnico, por lo que no resulta aplicable a la elección de los personeros municipales. En este orden, estimó que los concursantes fueron “*sorprendidos con preguntas*” que no estaban incluidas en el temario del acto regulador del concurso de méritos, “*lo que tuvo trascendente influjo en su contra al momento de responder y ser calificados*”.

Finalmente, señaló que no es procedente proferir pronunciamiento sobre la Resolución 200.10.005 de 10 de enero de 2020, por medio de la cual la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Arauca adoptó la lista de elegibles y declaró la elección del demandado, toda vez que no puede predicarse que este contenga el acto electoral propiamente dicho, en tanto el mismo se deriva del acta de la sesión plenaria del concejo, quien constitucional y legalmente tiene la competencia para elegir al personero municipal.

Concluyó que el vicio de ilegalidad detectado en el acto administrativo de elección constituye una irregularidad sustancial en el trámite del proceso de elección del Personero de Arauca, en tanto, no se trata de una falencia menor, ni de un vicio de trámite irrelevante. En consecuencia, se configuró la causal de nulidad de “*infracción de las normas jurídicas en la cuales debía fundarse*”, específicamente, en tanto se desconoció la Resolución 200.10.021 de 7 de noviembre de 2019 expedida por el concejo municipal de Arauca y el artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015 y los artículos 13, 29, 83, 125, 126 y 209 de la Constitución Política.

1.4. Recursos de apelación

Inconformes con la decisión de primera instancia, se presentaron los siguientes escritos de impugnación:

1.4.1. Recurso de Alexander Rivera Andrade.

En su calidad de demandado en esta causa judicial, interpuso recurso de apelación contra el proveído de instancia en el que propuso 8 cargos de censura, a saber:

(i) *No se demandaron los actos administrativos que debían ser objeto de control de legalidad*



Indicó que la demanda se dirigió a controvertir únicamente el Acta 200.01.009 de 10 de enero de 2020, proferida por el Concejo Municipal de Arauca, pero no se demandaron los actos que, conforme a los reparos elevados, debían ser objeto de control de legalidad, esto es, aquellos que dieron origen a la convocatoria, así como aquellos que contienen los resultados de la calificación de las pruebas aplicadas y la lista de elegibles. Para justificar su aserto, trajo a colación dos providencias proferidas por la Sección Segunda⁷ del Consejo de Estado, en las que se reconoció que el acto de calificación de las pruebas, como el que conforma la lista de elegibles, son actos enjuiciables ante la jurisdicción.

(ii) Ausencia de argumentación del concepto de la violación

Reiteró el argumento propuesto en la contestación de la demanda relativo a la falta de desarrollo del concepto de violación, en tanto el demandante estaba en la obligación de indicar la norma que consideraba infringida. Indicó que en el *sub judice*, el actor se limitó a señalar una serie de supuestas irregularidades sin mencionar la norma transgredida por parte del Concejo Municipal de Arauca.

(iii) Sobre la posibilidad de la variación de las convocatorias

Expuso que los términos de las convocatorias pueden variarse de manera excepcional, como lo ha aceptado la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁸, (i) cuando el cronograma expresamente lo autorice; (ii) cuando el reglamento de la entidad así lo dispone y (iii) en eventos de fuerza mayor y caso fortuito, pero sin explicar cuáles serían las razones para que el operador del concurso pudiera variar lo dispuesto en el mismo.

(iv) La sentencia del Consejo de Estado que se cita como fundamento de la nulidad de la elección está fuera de contexto

Argumentó que la sentencia de 27 de agosto de 2020, expediente 11001032800020190009100, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, que fue invocada en la providencia recurrida, relativa a la elección de la directora de la Corporación Autónoma Regional -Cortolima-, no solo trataba de un asunto diferente, sino que fue “desmembrada a conveniencia del fallador”, dado que sólo incluyó apartes que, caprichosamente, le servía, pero no hizo un análisis integral de la providencia. Para justificar su aserto, citó algunos fragmentos de la misma y concluyó que la inclusión de preguntas relacionadas con *ofimática*, fueron reglas aplicadas “a todos por igual”, es decir “en igualdad de condiciones”. Además, adujo que, en el caso concreto, era procedente dar aplicación al principio de prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, pues el derecho a la igualdad de los participantes nunca se infringió.

⁷ Citó lo señalado en la sentencia del 17 de noviembre de 2016, exp. 0410-09, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez y sentencia del 26 de octubre del 2017, rad. 25000232500020090020101, C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.

⁸ Citó una sentencia de 3 de agosto del 2015, sin precisar el radicado bajo el cual fue adoptada.





(v) Improcedencia de la revocatoria directa de la Resolución REC 207 DE 2019 por tratarse de un acto administrativo de carácter particular

Manifestó que la expedición de la Resolución REC 215 de 2019, que revocó en su integridad el artículo 3 de la Resolución REC 207 de 2019, fue contraria a derecho, por cuanto el segundo de los actos citados era de carácter particular, pues, estaba dirigido a los convocados para presentar las pruebas. En esa medida, se requería la autorización expresa de todos los participantes para proceder a su modificación, como lo dispone el artículo 93 de la Ley 1437 de 2011. Por lo anterior, la inclusión del componente de *ofimática* en las respectivas pruebas, quedó incólume, lo que, a su vez, implica la legalidad del acto de elección.

(vi) No agotamiento de la etapa de reclamación contra el acto administrativo que notificó los resultados por parte del demandante

Adujo el apelante que el actor, en el hecho 7 de la demanda, afirmó que interpuso reclamación administrativa en contra de las preguntas planteadas en la prueba, el 17 de diciembre de 2019, sin embargo, esta solo se dirigió a atacar las preguntas de *ofimática* y no a la solicitud de exhibición de los resultados y valores de cada pregunta.

(vii) Consideraciones sobre las reglas del concurso – Resolución 200.10.021 de 7 de noviembre de 2019

En este punto, el demandado explicó que se cumplió todo lo estipulado en el Decreto 2485 de 2014, relacionado con los estándares mínimos para el concurso de personeros y reiteró que el concurso de méritos que conllevó a su elección atendió todas las disposiciones de orden legal y reglamentario aplicables al caso. Así mismo, refirió que las preguntas de *ofimática* estaban incluidas en el núcleo de conocimientos esenciales de normas del sector público, conforme a lo dispuesto en el Decreto 1083 del 2015 y la norma NCLSP.GSA.01.

Agregó que la afirmación del tribunal de instancia en relación con la presunta sorpresa a los concursantes acerca de las preguntas sobre temas no incluidos en la convocatoria, es una apreciación subjetiva, puesto que, en el desarrollo del proceso se respetaron todos los lineamientos establecidos en la Resolución 200.10.021 del 7 de noviembre de 2020. Así mismo, resaltó que se dejó de lado *“la consideración probatoria y realmente vinculante en este proceso, el hecho de verificar si el tema de ofimática fue determinante para diferenciar las calificaciones entre unos y otros”*.

(viii) Indebida escogencia del medio de control

Señaló que, en el presente caso, hubo una indebida escogencia de la acción, dado que se cuestionaron una serie de actuaciones llevadas a cabo por el operador -contratista- del concurso, seleccionado por el Concejo Municipal de Arauca, lo que, a su juicio, era objeto del medio de control de “controversias contractuales”, a efectos de verificar el incumplimiento de las obligaciones



contractuales; por tanto, el juez de instancia debió aplicar lo dispuesto en el artículo 171 del CPACA y darle el curso al “*procedimiento de nulidad contractual*”.

Finalmente, solicitó que, de no atenderse los argumentos antes señalados, se diera aplicación al principio de proporcionalidad y la técnica de ponderación derivada del mismo, en tanto la nulidad de la elección genera una afectación superior a sus derechos fundamentales, por lo que debe determinarse, de forma razonada, cuál garantía constitucional debe ceder a efectos de lograr el equilibrio entre los mismos, pues el supuesto yerro cometido por el operador del concurso, “*no tiene la relevancia para desestimar todo el trabajo, la inversión hecha con recursos públicos, la expectativa creada en mí, la confianza de la ciudadanía en la Personería Municipal (...), máxime cuando se han garantizado principios como el de igualdad, el del mérito, la publicidad y el debido proceso*”.

1.4.2. Recurso de apelación de la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano

Por medio de apoderado judicial, esta institución universitaria encargada del concurso, presentó escrito de apelación en el cual señaló que el tribunal *a quo* no efectuó un análisis sobre la importancia del conocimiento de herramientas de *ofimática* en el desarrollo de las labores de los personeros municipales, dada la implementación de estrategias de Gobierno Digital, que vincula a este organismo, conforme a lo señalado en el Decreto 1008 de 2018 y el Decreto 1499 de 2017, así por la tendencia a la digitalización de los procedimientos administrativos – numeral 13 del artículo 3; 1 del artículo 5, 6 y 8 del artículo 7, artículo 201 y 208 del CPACA-.

Indicó que si bien es cierto la universidad dictó un acto en el que se eliminaron las preguntas de ofimática, “*ello no quiere decir que no esté en la obligación de realizar preguntas a los aspirantes que giren en torno del eficaz desempeño para el cargo (...) como son en efecto las preguntas de conocimientos básicos en tecnología*”, precisando que, “*si en gracia de discusión lo fuere, lo procedente en el caso sería eliminar las pregunta objeto de discusión en esta Litis y verificar si con el excedente de preguntas (...) aún así el demandante LODWIL DURAN TORRES ARTEAGA (sic) hubiese aprobado la prueba de conocimientos*”.

Reiteró el argumento de que la Resolución REC 215 de 2019, por la cual se modificó la Resolución REC 207 de 2019, no tuvo como finalidad desconocer las normas que el Concejo Municipal había expedido para regular el concurso de méritos en cuestión, en tanto, se acogió lo estipulado en las normas que lo regulaban.

1.4.3. Recurso del Concejo Municipal de Arauca

Por medio de apoderado judicial, el presidente del concejo municipal formuló recurso de apelación y solicitó la revocatoria de la sentencia recurrida con base en los siguientes argumentos:



Insistió en que el actor, en el escrito introductorio, indicó que *“no se discute que el conocimiento de ofimática haga parte de dichas normas, lo que se discute es que dicho tema no fue señalado previamente como susceptible de evacuación (sic)”*, por lo que no cuestionó que la *ofimática* fuera un componente de las normas del servicio público, pues todos funcionarios deben tener conocimientos básicos en esta materia, lo que desvirtúa el supuesto yerro de incluir preguntas sobre esta temática.

Señaló que las preguntas relativas al conocimiento de las herramientas en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y/o ofimática, no son ajenas ni van en contravía a las competencias que cumple un personero municipal para el correcto desarrollo de sus funciones. Para fortalecer su aserto, trajo a colación algunas disposiciones del CPACA que regulan el uso de las TIC, que hacen alusión al deber de todo servidor público, de manejar plataformas electrónicas, correos electrónicos, expedientes digitales, atención al público y peticiones por medios electrónicos, comunicaciones por dichos medios, y otro tantos. Aunado a ello, citó las normas constitucionales que regulan las competencias de los concejos municipales, en concordancia con la Ley 1551 de 2012; el Decreto 1083 de 2015 y el concepto 2261 de 3 de agosto de 2015, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

1.5. Trámite del recurso de apelación

1.5.1. Mediante auto de 4 de noviembre de 2020, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de Arauca concedió los recursos de apelación interpuestos.

1.5.2. Una vez repartido el expediente en la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante proveído de 18 de diciembre de 2020, el magistrado conductor admitió los recursos de apelación presentados por la parte demandada, el Concejo Municipal de Arauca y la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano – UNITRÓPICO. Así mismo, corrió traslado para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

1.6. Alegatos de conclusión en el trámite de la segunda instancia

Durante el término dispuesto para ello, con excepción de la entidad vinculada - UNITRÓPICO-, las partes presentaron sus escritos de alegación final, así:

1.6.2. El demandante explicó que en la demanda no se controvirtieron las calidades del demandado para ser personero municipal, como parece entender este último, sino que se dirigió a evidenciar que el operador del concurso (UNITRÓPICO) se apartó de las disposiciones que reglamentaban los términos en los que se aplicaría la prueba de conocimientos, específicamente el artículo *“25 (sic) de la Resolución No 200.10.021 de 2019”*. En ese sentido, alegó que UNITRÓPICO actuó de mala fe al indicar que solo evaluaría los temas en la citada resolución, para posteriormente, a la hora de aplicar la prueba de conocimientos,



evaluar temas no señalados previamente, contrariando incluso sus propias disposiciones.

Así mismo, arguyó que no son de recibo los reproches de los apelantes sobre la necesidad de demandar los actos previos al que declaró la elección, puesto que la nulidad es predicable del acto electoral definitivo, es decir, aquel que crea una situación jurídica particular, mientras que los demás son de “*mero trámite*”.

1.6.3. Por su parte, el demandado, Alexander Rivera Andrade, reiteró los argumentos presentados en el escrito de apelación y resaltó lo referente a la incidencia de la irregularidad evidenciada en el proceso de elección. Aunado a ello, planteó la necesidad de que se analice el fallo recurrido a la luz de los principios *pro homine* y *pro electoratem*, pues, consideró que la decisión del Tribunal Administrativo de Arauca desconoció y vulneró sus derechos fundamentales, en especial el derecho de elegir y ser elegido, en conexidad con el derecho al trabajo.

1.6.4. El Concejo Municipal de Arauca, de manera sintética reiteró los planteamientos de la contestación de la demanda y resaltó que no se avizora cómo la inclusión de las preguntas de ofimática haya generado una ventaja del demandado respecto de los demás concursantes.

De otra parte, indicó que las irregularidades que se presentan en un concurso de méritos como el de la elección de personero municipal, solo tienen la potencialidad de viciarlo si son de tal magnitud que afecte de forma directa el sentido de la decisión, para sustentar su aserto, citó la sentencia 2016-00219 de 23 de marzo de 2017 proferida por la Sección Quinta, expediente: 25000-23-41-000-2016-00219-01, C.P: Dra. Rocío Araújo Oñate.

1.7. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación, mediante concepto No. 16, solicitó que se confirmara la sentencia recurrida, con base en los argumentos que se sintetizan seguidamente:

En primer lugar, precisó que el Tribunal Administrativo de Arauca, en la misma fecha, profirió dos (2) sentencias contra el acto de elección del señor Alexander Rivera Andrade, como personero municipal de Arauca, período 2020-2024, correspondiente a los expedientes 81001-23-33-000-2020-00018-00 y 81001-23-33-000-2020-00023-00, que se tramitaron por magistrados distintos. Al respecto, explicó las *dos reglas* establecidas por la Sala mayoritaria en lo atinente a la figura de la acumulación de pretensiones, a saber: (i) que en los procesos en donde el origen del acto no es una elección popular, es posible acumular pretensiones con fundamento en las causales objetivas y subjetivas⁹ y (ii) que se pueden acumular los procesos fundados en causales subjetivas frente a un mismo demandado.

⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto del 6 de agosto de 2014. Expediente: 11001-03-28-000-2014-00072- 00; Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 19 de septiembre de 2013. Expedientes acumulados: 110010328000201200051-00, 110010328000201200052-00 y 110010328000201200057-00. Criterio este reiterada



No obstante, indicó que en uno de los despachos que integran esta Sección, en proveído del 7 de octubre de 2020¹⁰, planteó una *tercera regla*, esto es que, con fundamento en el CGP, es posible admitir la acumulación de demandas contra sujetos diversos, si la causa es la misma, independiente de que el acto demandado sea distinto, la cual, a su juicio, es diferente al criterio mayoritario. Por tanto, solicitó que se haga un pronunciamiento expreso respecto de la interpretación hecha al interior de la Sala y, de otra parte, un exhorto al Tribunal *a quo* para que en lo sucesivo decida en forma conjunta este tipo de demandas.

En relación con la censura consistente en que debieron demandarse los actos administrativos sobre los cuales se elevaron reproches, indicó que el artículo 139 del CPACA como la jurisprudencia constante de esta Sala Electoral, han establecido que el acto demandable dentro del trámite de elección es el acto definitivo de elección y no los actos de trámite, los cuales, sin embargo, son demandables si ponen fin a la actuación o impiden continuarla. Así mismo, señaló que las sentencias que trae a colación el actor son de la Sección Segunda de esta Corporación las cuales se refieren a “curso de méritos de naturaleza laboral”, distintos de aquel que se realiza para elegir a un personero. En consecuencia, concluyó que en el presente caso, es claro que el acto que debía demandarse, como en efecto ocurrió, *“es el acto definitivo, esto es, el acto electoral que es aquel por medio del cual se eligió a ALEXANDER RIVERA ANDRADE como Personero de Arauca y no, los actos de trámite como la lista de elegibles o la convocatoria”*.

Respecto de la “ausencia de argumentación del concepto de la violación”, manifestó que dicho cuestionamiento se enmarca en la excepción de inepta demanda, según lo establecido en el artículo 100.5 del CGP, la cual fue resuelta de forma desfavorable al momento de decidir las excepciones, providencia que quedó en firme en esa etapa procesal, por lo que no puede volverse a plantear en una etapa subsiguiente en virtud de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA. Además, enfatizó en que el actor cumplió con la carga de indicar las normas violadas y desarrollar el concepto de la violación. En lo atinente a la “indebida escogencia del medio de control” concluyó, con los mismos argumentos, que esta debió proponerse por en el escrito con que se describió el traslado, empero, el demandado no lo hizo.

En punto al debate central, consideró que, aunque el recurrente se refirió a la variación de los términos de una convocatoria en casos excepcionales, a saber: i) cuando el cronograma expresamente lo contemple; ii) cuando el reglamento de la entidad así lo autoriza; y iii) en caso de fuerza mayor o caso fortuito, lo cierto es que no explicó por qué hubo una causal de justificación de la convocatoria, ni por qué se presentó la fuerza mayor. Así las cosas, concluyó que *“no es posible un estudio de este reproche, pues al juez de segunda instancia no le corresponde efectuar un análisis oficioso”*.

recientemente en el auto de 6 de agosto de 2020. Expediente 11001-03-28-000-2020-00026-00. Magistrado Ponente. Carlos Moreno Rubio.

¹⁰ Radicado No. 11001-03-28-000-2020-00063-00.



Seguidamente, respecto al fallo de 27 de agosto de 2020¹¹ que se invocó en la sentencia recurrida, en la que se analizó la legalidad del acuerdo mediante el cual se designó a la directora de CORTOLIMA, respecto del cual se aduce que fue sacado de contexto, indicó que no le asiste la razón al apelante puesto que dicha providencia sí respalda la tesis planteada por el Tribunal *a quo*, como quiera que, los apartes transcritos buscaban evidenciar que en los procesos de escogencia o selección, sea de contratistas o servidores públicos, las reglas fijadas en el acto de convocatoria son de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes.

Respecto de la improcedencia de la revocatoria de la Resolución REC 207 de 2019 por tratarse de un acto administrativo particular, manifestó que este argumento no es de recibo, puesto que la citada resolución se limitó a ajustar su propio acto a fin de acatar lo dispuesto por la convocatoria expedida por el Concejo Municipal de Arauca -Resolución 200.10.021 de 2019-, la cual no incluyó la ofimática dentro de los temas a evaluar. En el mismo sentido, sobre el no agotamiento de la etapa de reclamación por parte del demandante contra el acto administrativo que notificó los resultados, indicó que hay una falta de desarrollo del cargo de censura, pero en todo caso, entiende que el cuestionamiento planteado en la demanda no es contra los resultados o la puntuación asignada, sino el hecho de la inclusión de preguntas no previstas en la convocatoria.

Agregó la representante del Ministerio Público, que las preguntas de ofimática no se pueden entender incluidas en el componente de “normas de servicio público” que hacen parte del núcleo común de la prueba, en virtud de lo establecido en el Decreto 1083 de 2015, la norma NCLSP.GSA.01, el CGP y el CPACA, como lo entienden el demandado y los intervinientes, habida cuenta que son habilidades de carácter técnico y no jurídico que, aunque resultan importantes para el desempeño de cualquier cargo público, lo cierto es que no fueron previamente establecidas en la convocatoria que reguló el concurso. Por tanto, el argumento de censura no está llamado a prosperar.

Cerró su intervención con la precisión de que no es dable acudir al principio de ponderación para resolver el caso concreto, para hacer prevalecer el trabajo realizado, la inversión de recursos públicos, la expectativa creada en el demandado o la confianza ciudadana en la personería, dado que la labor del juez electoral es hacer un control objetivo de legalidad, es decir, un examen que se concreta en el estudio *acto-norma*.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 150¹² y 152.8¹³ del CPACA, así como el artículo 13, numeral 7 del Acuerdo 080 de 2019 proferido por la Sala

¹¹ Expediente Radicado No. 11001032800020190009100. M.P: Luis Alberto Álvarez Parra.

¹² ARTÍCULO 150. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA Y CAMBIO DE RADICACIÓN. <Artículo modificado por del artículo 615 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo





Plena del Consejo de Estado, esta Sección es competente para conocer en segunda instancia de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada, el Concejo Municipal de Arauca y la Fundación Universitaria Internacional del Trópico Americano – UNITRÓPICO contra la sentencia proferida el 16 de octubre de 2020, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Arauca declaró la nulidad de la elección de ALEXANDER RIVERA ANDRADE como personero municipal de Arauca para el período 2020-2024.

2.2. Problema jurídico

Conforme al fallo de primera instancia y a los argumentos expuestos en los recursos de apelación corresponde a esta Sección Electoral determinar si existe mérito suficiente para confirmar, modificar o revocar la sentencia de 16 de octubre de 2020, mediante la cual, el Tribunal Administrativo de Arauca accedió a las pretensiones de la demanda.

Para resolver el anterior planteamiento, la Sala abordará, un asunto previo relacionado con la acumulación de procesos contra actos electorales distintos a los de voto popular, para, posteriormente, asumir el estudio del caso concreto.

2.3. Cuestión previa

En su intervención, la delegada del Ministerio Público solicitó a la Sección pronunciarse en relación con la *“acumulación de demandas contra sujetos diversos, si la causa es la misma, independiente de que el acto demandado sea diverso”*. Lo anterior por cuanto en el Tribunal Administrativo de Arauca se formularon dos (2) demandas en relación con la misma elección de Alexander Rivera Andrade como personero de Arauca 2020-2024; la primera con radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01 y la segunda con radicado 81001-23-33-000-2020-00018-01, cuya apelación conoce ahora este despacho, las cuales fueron tramitadas de forma independiente y se produjeron, en consecuencia, dos (2) sentencias que, a su turno, fueron objeto de apelación ante esta Sección.

No obstante lo anterior, el magistrado conductor de la primera instancia, en la audiencia de pruebas del radicado 2020-00023-01, denegó la solicitud de acumulación, pues, a su juicio, en los procesos puestos a conocimiento del Tribunal no se cumplía con lo estipulado en el artículo 282 del CPACA, dado que estos *“no se refieren a irregularidades en la votación o en los escrutinios -No se trata de comicios electorales, ni se endilgan ilegalidades en tales aspectos dentro del Concejo Municipal de Arauca en la designación del Personero 2020-2024-, ni tampoco se cuestiona la falta de requisitos o inhabilidades del demandado, por lo*

de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo conocerá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos (...)

¹³ ARTÍCULO 152. 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. (...)





que no se presentan las causales procesales que permiten la acumulación”, decisión que quedó en firme ante la no interposición de recursos por las partes.

Sobre el primer asunto traído a colación por el Ministerio Público, se advierte que al interior de esta actuación éste no ha sido objeto de las cuestiones de orden procesal y sustancial que han planteado por las partes. Así las cosas, considera la Sala que no es la oportunidad para pronunciarse sobre dicha postura, dado que no se enmarca ninguno de los asuntos a resolver en el *sub lite*.

De otra parte, respecto de la posición de esta Sección en cuanto a la acumulación de procesos en materia electoral, que parece haber sido desconocida por el Tribunal Administrativo de Arauca, se considera oportuno hacer algunas precisiones, a pesar de que no tenga efectos en la decisión que aquí se adopte, por ser un asunto que fue resuelto y que quedó en firme en la etapa correspondiente en la primera instancia, lo cual, además estaría saneado en virtud de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA.

Así las cosas, es menester traer a colación el contenido de la norma especial sobre acumulación en material electoral, la cual dispone:

*ARTÍCULO 282. ACUMULACIÓN DE PROCESOS. Deberán fallarse en una sola sentencia **los procesos en que se impugne un mismo nombramiento**, o una misma elección cuando la nulidad se impetire por irregularidades en la votación o en los escrutinios.*

Por otra parte, también se acumularán los procesos fundados en falta de requisitos o en inhabilidades cuando se refieran a un mismo demandado.

*En el Consejo de Estado y en los Tribunales Administrativos, vencido el término para contestar la demanda en el proceso que llegue primero a esta etapa, **el Secretario informará al Magistrado Ponente el estado en que se encuentren los demás, para que se proceda a ordenar su acumulación.** (...)*. (Negrillas y subrayas de la Sala)

De la norma transcrita, se tiene entonces que consagra aquellos eventos en los cuales es procedente la acumulación de procesos en materia electoral. Sobre el particular esta Sala Electoral ha precisado que la acumulación de procesos en los cuales el fundamento son “irregularidades en la votación o en los escrutinios” (causales objetivas) procede sin distinción del número de demandados, es decir que, nada obsta para que se acumulen demandas cuando se trate de un mismo demandado.¹⁴

En ese orden de ideas, dado que tanto en el *sub judice* como en el proceso radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01 se alegaron *causales objetivas* de nulidad y éstas se dirigían contra un mismo demandado, el Tribunal Administrativo de Arauca debió, con base en el principio de economía procesal, celeridad y seguridad jurídica, acumular los dos procesos, a efectos de tramitarlos bajo una

¹⁴ Véase: Consejo de Estado, Auto de Ponente de 14 de agosto de 2013. C.P.: Alberto Yepes Barreiro. Exp. 08001-23-31-000-2011-01464-01; Consejo de Estado. Auto de 12 de junio de 2014. C.P.: Alberto Yepes Barreiro. Exp. 11001-03-28-000-2014-00024-00; y, Consejo de Estado. Auto de 14 de julio de 2014. C.P.: Alberto Yepes Barreiro. Exp. 11001-03-28-000-2014-00038-00.



misma cuerda procesal y proferir una sola sentencia, en los términos del inciso primero del artículo 282 *ejusdem*.

Por lo anterior, la Sala exhortará al Tribunal Administrativo de Arauca para que, en lo sucesivo, aplique el artículo 282 del CPACA según las precisiones hechas en este proveído y la jurisprudencia de esta Corporación.

Precisado lo anterior, se pasará a resolver el fondo del asunto.

2.4. Caso concreto

2.4.1. Marco jurídico de la apelación

En atención a los escritos de impugnación presentados por: (i) el demandado, (ii) el Concejo Municipal de Arauca y (iii) UNITRÓPICO, se tiene lo siguiente:

En la apelación interpuesta por el señor Alexander Rivera Andrade, se advierte que se exponen argumentos y cargos nuevos, así como algunas cuestiones que no son materia de estudio en este momento procesal, en atención a que ya fueron objeto de decisión en la primera instancia o se consideran inoportunas.

En efecto, se observa que nuevamente planteó la falta de desarrollo del concepto de violación desde la demanda inicialmente admitida, aspecto que, como se indicó en los antecedentes, fue decidido por el magistrado conductor de la primera instancia, como se observa en el auto de 17 de julio del 2020¹⁵, por lo que al ser un asunto sobre el cual ya existe pronunciamiento y se encuentra en firme pues no se presentaron recursos contra lo dictaminado, no corresponde a esta Sala de Decisión volver a estudiar dicho particular. Así mismo, en relación con la indebida escogencia de la acción, lo cierto es que ello debió alegarse como un medio de defensa exceptivo, para ser resuelto en las etapas iniciales del proceso y no presentarse como cuestionamiento ante la decisión de primera instancia, razón por la cual, tampoco será atendido.

Recuerda la Sala, que al estar en firmes las decisiones que resolvieron los citados cuestionamientos o al no haber sido propuestos en la etapa correspondiente, no se puede traer el debate a esta instancia procesal, habida cuenta que, según lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA que, en tratándose de nulidades establece que “[a]gotada cada etapa del proceso, el juez ejercerá el control de legalidad para sanear los vicios que acarrear nulidades, **los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes.**”(Se resalta)

Decantado lo anterior, la presente decisión se centrará en resolver el cargo de la apelación que se anuncian a continuación:

¹⁵ Expediente Digital. Documento No. 14. Índice SAMAI No. 3. Certificado: ADBBE4DF571EE924F63D50E55EC56A46 1DC164C5D1B7B872 892E027BCC2581CA.



- i) Establecer si la sentencia de 27 de agosto de 2020 del Consejo de Estado¹⁶, invocada en el fallo recurrido está fuera de contexto.

En este punto es preciso resaltar que esta Sección, en sala de 18 de marzo pasado, con ponencia de la magistrada Rocío Araujo Oñate¹⁷, estudió y decidió el recurso de apelación dentro del expediente con radicado 81001-23-33-000-2020-00023-01, en la cual se abordaron aspectos semejantes a los del *sub judice*, razón por la cual, al haber hecho transito a *cosa juzgada* no serán objeto de un nuevo pronunciamiento, a saber:

- i) No se demandaron los actos “administrativos” que debían ser objeto de control de legalidad.
- ii) Necesidad del demandante de agotar la etapa previa de reclamación contra el acto que contiene los resultados del concurso.
- iii) Procedencia de revocar la Resolución REC 207 de 2019.
- iv) Posibilidad de variación de los términos de las convocatorias a concursos de méritos y su aplicación al caso concreto.
- v) Estudio del caso bajo el principio de proporcionalidad y test de ponderación, a efectos de determinar la afectación razonable de derechos y garantías fundamentales.
- vi) Aplicación del criterio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal dado que no se afectó la igualdad de los participantes en el concurso.
- vii) Viabilidad de incluir la ofimática en la prueba de conocimientos en consideración a las estrategias de Gobierno Digital y la utilización de TIC en el marco de actuaciones administrativas.
- viii) Determinar con fundamento en los elementos de convicción aportados al proceso si la inclusión de las preguntas relacionadas con ofimática implicó una verdadera afectación del resultado de las pruebas.

Así las cosas, para efectos metodológicos la Sala se pronunciará sobre el aspecto que no han sido objeto de pronunciamiento con anterioridad y, posteriormente, se ocupará de los cargos que fueron decididos en el proveído de 18 de marzo de 2020, rad. 2020-00023-01, y que están cobijados por el fenómeno de la cosa juzgada.

2.4.2 Cargos de apelación no cobijados por la cosa juzgada

2.4.2.1. La sentencia del Consejo de Estado fundamento de la decisión de nulidad de la elección está fuera de contexto

El demandado argumentó que la sentencia de 27 de agosto de 2020, expediente 11001032800020190009100 de la Sección Quinta, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, en la que analizó la legalidad del acuerdo mediante el cual se designó a la directora de CORTOLIMA y que fue invocada en la providencia recurrida, no solo trata un tema diferente, sino que los párrafos transcritos hacen referencia a que el acto que contiene la convocatoria pública fija las bases del proceso electoral es la norma regulatoria del proceso de selección. Y agregó que la providencia fue “*desmembrada a conveniencia del fallador, dado que sólo incluyó los apartes que*

¹⁶ Sección Quinta, Rad. 11001032800020190009100. M.P: Luis Alberto Álvarez Parra.

¹⁷ Radicado No. 81001-23-33-000-2020-00023-01.



consideró que le servían a lo que caprichosamente quiso decir y no realizó un análisis integral para resolver el presente asunto”.

En este punto, advierte la Sala que el juzgador de primera instancia se sirvió de la providencia en cita para indicar que en los procesos de selección de ciertos servidores público de periodo fijo, tales como los personeros municipales, el acto de convocatoria es de naturaleza obligatoria, habida cuenta que, constituye el marco regulatorio del proceso electoral y, en consecuencia, es de imperativo cumplimiento tanto para el órgano elector -convocante-, los participantes y connaturalmente para el operador del concurso.

Así las cosas, a pesar de que en la misma providencia se reconoció, con base en el precedente establecido en la jurisprudencia de esta Sección, que en casos excepcionales es posible variar los términos de la convocatoria, y así lo resaltó el impugnador trayendo a colación otros apartes de la misma, encuentra la Sala que no es posible justificar el actuar de UNITRÓPICO bajo el entendido de que, con miras a hacer más explícitos los temas a evaluar en el componente de “normas del servicio público”, incluyó preguntas de ofimática, como quiera que, no se explicó ni se probó ninguna situación que habilitara al operador del concurso para modificar el marco regulatorio del proceso de selección del personero municipal, establecido en la pluricitada Resolución 200.10.021 de 2019, que en todo caso, solamente era modificable por quien la expidió, esto es, el Concejo Municipal de Arauca y bajo las circunstancias excepcionales decantadas por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁸.

Así las cosas, el cargo de impugnación no esta llamado a prosperar.

2.4.3. Cargos cobijados por la cosa juzgada

En este punto, es menester precisar que debido a la negativa del Tribunal de instancia de acumular los procesos¹⁹ dirigidos contra la elección del personero de Arauca (2020-2024) se profirieron dos (2) sentencias y, a su vez, a esta Corporación llegaron las apelaciones de dichos procesos de manera separada, lo que conllevó a decidirlos también de esa forma. No obstante, se advierte que los dos (2) procesos guardan relación en el cargo principal de la demanda como se muestra a continuación:

2020-00023-00	2020-00018-00
Pretensión – Acto demandado	Pretensión – Acto demandado

¹⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 13 de junio del 2019. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 13 de junio del 2019. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 3 de agosto de 2015. Expediente 11001032800020140012800. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁹ Radicados 2020-00023-00 y 2020-00018-00.





<p><i>“Que se declare la nulidad electoral de los siguientes actos administrativos, del orden Municipal de Arauca y proferidos por el Concejo de Arauca, con el objeto de lograr la Nulidad Electoral (sic) de los actos de elección del doctor ALEXANDER RIVERA ANDRADE, (...)</i></p> <p><i>-Acta de sesión plenaria No. 200.01.009 del 10 de enero del 2020, del Concejo Municipal de Arauca, en la cual en el numeral 3 del orden del día se procedió a la votación nominal de los 15 Concejales Municipales de Arauca, para la elección del Personero Municipal de Arauca, es decir, del doctor ALEXANDER RIVERA ANDRADE, (...)</i></p>	<p><i>“Que se declare la nulidad del Acto Administrativo contenido en el Acta No. 2001.01.009 del día 10 de enero del año 2020, mediante el cual se eligió el Personero del Municipio de Arauca para el periodo 2020 – 2024; por haber incurrido en la causal de nulidad contemplada en el Art. 137 del CPACA, específicamente <u>por haberse expedido con infracción de las normas en que deberían fundarse</u>.” (Subrayas originales)</i></p>
<p>Argumento de censura</p>	<p>Argumento de censura</p>
<p><i>Que “a través de los actos dictados por la Fundación Unitrópico, se desconoció el contenido del reglamento que se adoptó por el Concejo Municipal de Arauca para adelantar el trámite eleccionario, fijado en la Resolución 200.10.021 del 7 de noviembre del 2019, concordado con los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.2 del Decreto 1083 del 2015, dado que fueron incluidos al momento de la aplicación de las pruebas de conocimiento, temas que no fueron señalados por el órgano elector en el primero de los actos mencionados.”</i></p>	<p><i>“No obstante, al momento de la aplicación de las pruebas, el 7 de diciembre de 2019, indica el libelista que ‘para sorpresa de los participantes, en el Núcleo Común, se encontraban 15 preguntas de Ofimática y alrededor de 10 preguntas, que trataban sobre comprensión de lectura (Temas no establecidos en la Resolución N° 200.10.021 de 2019 del Concejo Municipal de Arauca)’. Igualmente, menciona que en el núcleo específico se encontraron preguntas que no correspondían con lo reglado por el concejo municipal.”</i></p>

Aunado a ello, los cargos de impugnación formulados son, en su mayoría, iguales, como se mostró en el marco jurídico de la apelación, y ya fueron objeto de decisión en el proveído de 18 de marzo pasado que puso fin al proceso radicado 2020-00023-01, C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate, e hicieron transito a cosa juzgada, por lo que, no resulta procedente volver a emitir un pronunciamiento de fondo sobre estos.

Huelga recordar que, respecto del fenómeno de la cosa juzgada, esta Sección ha indicado *“...que el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable... De acuerdo con lo anterior, según lo prevé el artículo 303 del Código General del Proceso, los elementos constitutivos de la cosa juzgada, son: (i) identidad de objeto; (ii) identidad de causa y, (iii) identidad jurídica de partes...”*²⁰

Así las cosas, habida cuenta que los radicados 2020-00023-01 y 2020-00018-01 guardan identidad de objeto, es decir, el acto demandado es el mismo; identidad de causa, pues los argumentos principales de las demandas y, también, los de la apelación son idénticos y que, finalmente, el requisito de identidad jurídica de las partes no es exigible en este tipo de procesos dado que al ser un medio de control público, la nulidad electoral puede ser interpuesta por cualquier persona, la Sala se atenderá a lo dispuesto y discutido en el primero de los procesos, por considerar que los cargos que se reseñan a continuación ya fueron decididos y se encuentran cobijados por el fenómeno de la cosa juzgada.

2.4.3.1. De la necesidad o no de demandar los actos previos al acto de elección

El señor Alexander Rivera Andrade insistió en que no se demandaron los actos que, conforme a los reparos elevados, debían ser objeto de control de legalidad,

²⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 26 de febrero de 2015. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU).



esto es, el que dio origen a la convocatoria, el que contiene el resultado de las pruebas y la lista de elegibles que contiene la decisión de la administración respecto de quienes, en orden descendente, obtuvieron los mayores puntajes. Así las cosas, reiteró que *“el demandante tenía que haber demandado la nulidad de todos los actos administrativos que se proferieron en desarrollo del concurso aquí comentado; NO se podía demandar únicamente el acta de elección del personero, pues dicho acto administrativo es complejo y es el resultado de un proceso conformado por otros actos administrativos que dieron desarrollo de la convocatoria (...)”*. Para el efecto, trajo a colación lo señalado por la Sección Segunda del Consejo de Estado²¹, según la cual, el acto de calificación de las pruebas, así como el que conforma la lista de elegibles, son enjuiciables ante la jurisdicción.

En este punto, advierte la Sala que esta censura coincide con el cargo que fue estudiado y resuelto de manera desfavorable en el proveído de 18 de marzo 2021, en el cual se indicó con claridad que son actos demandables en los procesos de nulidad electoral, los de elección por voto popular o **por cuerpos electorales**, entre otros, y que cuando la irregularidad alegada recaiga en un acto de trámite, este no debe ser, en estricto sentido, incluido como un acto demandado, pues su legalidad será objeto de estudio para determinar la del acto definitivo.

Colofón de lo anterior, la Sala dispondrá remitirse a los argumentos y estarse a lo resuelto en el fallo proferido el 18 de marzo hogaño, radicación 2020-00023-01.

2.4.3.2. Necesidad de que el demandante agote la etapa previa de reclamación contra el acto que contiene los resultados del concurso

En su recurso de apelación, el señor Alexander Rivera Andrade adujo que el demandante no agotó la etapa de reclamaciones contra el acto que comunicó los resultados de las pruebas, para lo cual había un término perentorio de un (1) día, contado a partir de presentadas dichas evaluaciones de conocimientos. Al respecto, la Sala advierte que este argumento también guarda relación con aquel que fuera estudiado y decidido en el fallo del proceso 2020-00023-01, en donde se apuntó que la falta de agotamiento de la reclamación por parte del demandante frente al acto que comunicó el resultado de las pruebas es un debate ajeno al fundamento de la irregularidad encontrada por el Tribunal *a quo*, es decir, la inclusión de asuntos en la prueba de conocimientos que no hacían parte de los núcleos a evaluar, y en todo caso, es claro dicha inconformidad relacionada con un supuesto requisito de “procedibilidad” debió proponerse en la etapa procesal correspondiente de la primera instancia, so pena de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 207 del CPACA.

2.4.3.3. Procedencia de revocar la Resolución REC 207 de 2019.

En su escrito de apelación, el demandado señaló que el Tribunal *a quo* no tuvo en cuenta que era improcedente revocar mediante Resolución REC 215 de 2019 el

²¹ Citó lo señalado en la sentencia del 17 de noviembre de 2016, exp. 0410-09, C.P. Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez y sentencia del 26 de octubre del 2017, rad. 25000232500020090020101, C.P. Dr. Rafael Francisco Suárez Vargas.



contenido del literal b) del artículo 3 de la Resolución REC 207 de 2019, por medio de la cual UNITRÓPICO estableció los temas sujetos a evaluación en la correspondiente prueba de conocimientos, toda vez que, al ser un acto particular y concreto, dirigido a quienes mediante ella había sido convocados, se requería consentimiento de los interesados, el cual no se tiene probado, lo que a su juicio, generó que se mantuviera incólume la inclusión de las preguntas de ofimática y, a su vez, implica la legalidad del acto de elección.

En ese sentido, lo que el actor pretende es justificar que ante la improcedencia de la revocatoria del literal b) del artículo 3 de la Resolución REC 207 de 2019, se debe entender que la inclusión de las preguntas relacionadas con las competencias en ofimática se realizó en debida forma, por lo que no puede predicarse entonces la irregularidad que se plasmó en la providencia hoy impugnada.

Así las cosas, la Sala considera pertinente atenerse a lo dispuesto en el proveído del 18 de marzo de 2021, rad. 2020-00023-01, en el cual se advirtió que *“contrario a dicho aspecto, esta Corporación considera que dicho argumento no tiene vocación de prosperidad, pues es claro que la no inclusión del tema denominado como ofimática, como se presentó por tribunal a quo (...), proviene de las reglas del concurso público de méritos que fueron establecidas en la Resolución 200.100.021 del 7 de noviembre del 2019. Así las cosas, determinar si era o no viable la revocatoria directa del acto mencionado por el demandado, resulta inane frente a la realidad probatoria descrita, es decir, la improcedencia de incluir las preguntas en comento, deviene de lo fijado por el órgano elector frente a las normas del proceso de selección del personero municipal.”*²²

2.4.3.4. Posibilidad de la variación de los términos de las convocatorias de los concursos de méritos y su aplicación al caso concreto

En línea con lo planteado en el recurso de apelación presentado dentro del proceso 2020-00023-01, en el presente proceso, el demandado alegó que los términos de las convocatorias pueden variarse de manera excepcional, como ha sido aceptado por la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado²³, que ha precisado que ello es viable (i) cuando el cronograma expresamente lo autorice; (ii) cuando el reglamento de la entidad así lo disponga y (iii) en eventos de fuerza mayor y caso fortuito. No obstante, el censor no explicó cual de los eventos acaeció en el *sub lite*. Por lo que la Sala dispondrá tenerse a lo resuelto en el fallo proferido dentro del citado proceso, en el cual se explicó que, según a la jurisprudencia de esta Sección²⁴, como regla general la convocatoria pública es inmodificable y de obligatorio acatamiento para la entidad convocante, para quienes participan en ella y para otros terceros interesados en la misma, salvo que

²² Párrafo 130.

²³ Citó una sentencia del 3 de agosto del 2015, sin precisar el radicado bajo el cual fue adoptada.

²⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 13 de junio del 2019. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 3 de agosto de 2015. Expediente 11001032800020140012800. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.





se presenten situaciones que justifique la alteración de las condiciones iniciales del proceso de selección²⁵, que en este caso no se advierten.

2.4.3.5. Aplicación del criterio de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal dado que no se vulneró el principio de igualdad entre los participantes. Estudio del caso bajo el principio de proporcionalidad y test de ponderación, a efectos de determinar la afectación razonable de derechos y garantías fundamentales.

En el proveído de 18 de marzo de 2021, la Sección con base en la jurisprudencia de la Sala Plena de esta Corporación²⁶ precisó que lo pretendido por demandado escapa de la naturaleza del control que se ejerce en materia de nulidad electoral y, en consecuencia, despachó desfavorablemente el cargo, habida cuenta que al juez electoral está llamado a hacer un juicio de legalidad del acto cuestionado y *“lo cierto es que esta instancia no puede efectuar apreciaciones adicionales a efectos de sopesar los intereses del elegido frente a la entidad de la irregularidad evidenciada, buscando determinar con ello la viabilidad o no decretar la ilegalidad del acto acusado, pues es claro que, al ser un análisis meramente objetivo, la sola configuración de la causal de nulidad que se alegue tiene como consecuencia la expulsión del ordenamiento jurídico de la decisión de la administración (...)”*.²⁷ En ese orden de ideas, la Sala estima tenerse a lo dispuesto en el pluricitado proceso rad. 2020-00023-01, C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate.

2.4.3.6. Viabilidad de incluir la ofimática en la prueba de conocimientos en consideración a las estrategias de Gobierno Digital y la utilización de TIC en el marco de actuaciones administrativas.

Los apelantes, en sus escritos de impugnación, coincidieron en que el concurso de méritos atendió todas las disposiciones de orden legal y reglamentario aplicables. Aunado a ello, para los censores las preguntas relativas al conocimiento de las herramientas en el campo de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) y/o ofimática, no son ajenas o no van en contravía a las competencias que debe tener un personero municipal o cualquier funcionario público para el correcto desarrollo de sus funciones. Concluyeron señalando que, dicha temática se entiende incluida en el núcleo de conocimientos esenciales de

²⁵ *“Cuando el cronograma expresamente así lo autorice: Bajo el entendido de que una convocatoria está precedida, usualmente, de un acto de apertura y de un cronograma, se puede concluir que es válido que se modifiquen los términos de la misma cuando en el acto de apertura o en el respectivo cronograma así se autorice, en otras palabras, cuando desde la publicación de la convocatoria se establezcan los supuestos en los cuales los términos de la convocatoria podrán ser modificados.*

Cuando el reglamento de la entidad así lo autoriza: Es decir, cuando el reglamento de la autoridad que está adelantando el procedimiento administrativo contempla, de forma explícita, los eventos en los cuales se puede modificar los términos en los que se dictan las convocatorias públicas de dicha entidad.

En caso de fuerza mayor o caso fortuito: Esto es, cuando acaezca un hecho extraño al querer de la administración, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar la variación de las condiciones establecidas en la convocatoria inicial.” (Negrillas fuera del texto original). Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 13 de junio del 2019. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00.

²⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. (SU) 11001-03-15-000- 2014-03886-00. Criterio reiterado en: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1 de diciembre de 2016, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 50001-23-33-000-2015-00006-01.

²⁷ Párrafo 126.



normas del sector público -aspecto evaluado- conforme a lo dispuesto en el Decreto 1083 del 2015, el CPACA, el CGP y la norma NCLSP.GSA.01.

Al respecto, se dispondrá tenerse a lo resuelto en el proceso 2020-00023-01, el 18 de marzo pasado, habida cuenta que, a pesar que los aquí apelantes invocaron, además, el CPACA y el CGP a fin de justificar la inclusión de las preguntas sobre ofimática en la prueba de conocimientos, argumento es en esencia el mismo que se planteó en citado el proceso, el cual fue desestimado por considerar que el estudio de legalidad se debía hacer respecto de los temas a evaluar expresamente consagrados en la Resolución 200.10.021 de 7 de noviembre de 2019, expedida por el órgano elector.

2.4.3.7. Determinar si la inclusión de las preguntas relacionadas con ofimática en la prueba de conocimientos tuvo la incidencia suficiente para cambiar el resultado de la misma. Criterio de incidencia en el acto de elección.

Al igual que en el fallo del 18 de marzo de 2021, rad. 2020-00023-01, C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate, quiere la Sala precisar que, hasta este punto, la decisión del Tribunal Administrativo de Arauca se mantiene incólume, pues, es claro que, al momento de la aplicación de la prueba de conocimientos, el operador del concurso de méritos incluyó en los mismos temas que no debieron ser objeto de evaluación, como lo son las preguntas de ofimática y de comprensión de lectura.

No obstante, en el fallo citado, luego de un extenso y pormenorizado estudio, la Sala arribó a la convencimiento de que aún en el evento de la exclusión de las preguntas de ofimática y de comprensión de lectura de la prueba de conocimientos, y en el hipotético caso en que los demás concursantes hubiesen obtenido el máximo puntaje en (i) la prueba de competencias laborales, (ii) la valoración de la experiencia y (iii) la entrevista, el señor Alexander Rivera Andrade continuaría ocupando el primer lugar de la lista de elegibles, aspecto que permite concluir que la irregularidad que se demostró al interior del proceso de selección del personero de Arauca (2020-2024), no tiene *la incidencia suficiente*²⁸ que permita concluir que el resultado eleccionario hubiera sido diferente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2485 de 2014, en concordancia con el artículo el artículo 30 de la Resolución 200.10.021 del 7 de noviembre del 2019, expedida por le Concejo Municipal de Arauca, el cargo de personero debe cubrirse con la persona que ocupe el primer lugar en la lista de elegibles, que en el *sub lite* es Alexander Rivera Andrade.

Colofón de los anterior, respecto de los cargos cobijados por la cosa juzgada, esta Sala de Decisión dispondrá tenerse a lo resuelto en la sentencia del 18 de marzo de 2021, radicación 81001-23-33-000-2020-00023-01, M.P. Rocío Araujo Oñate. Y con base en las apreciaciones allí hechas y los cargos absueltos en el presente

²⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 23 de marzo del 2017. M.P. Rocío Araujo Oñate. Radicación 25000-23-41-000-2016-00219-01.



proveído, se impone la revocatoria del numeral 2º de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca en el radicado 81001-23-33-000-2020-00018-00, por el cual declaró la nulidad del acto de elección de Alexander Rivera Andrade como personero municipal de Arauca (2020-2024), para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.

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

III. RESUELVE:

PRIMERO: ESTARSE a lo resuelto por esta Sala Electoral en la sentencia del 18 de marzo de 2021, radicación 81001-23-33-000-2020-00023-01, M.P. Rocío Araujo Oñate, respecto de los cargos enlistados en el presente proveído por estar cobijados por la cosa juzgada.

SEGUNDO: en consecuencia, **REVOCAR** el numeral 2º de la sentencia del 16 de octubre de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Arauca declaró la nulidad del acto de elección de Alexander Rivera Andrade como personero municipal de Arauca (2020-2024), para en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

TERCERO: EXHORTAR al tribunal para que, en lo sucesivo, aplique las normas de acumulación en materia electoral conforme a lo dispuesto en la presente providencia y la jurisprudencia de esta Sala.

CUARTO: Una vez en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada
Salva 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>”

INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA / NULIDAD ELECTORAL - Análisis de la incidencia definitiva en el acto de elección

[El salvamento de voto considera] que no se podía apelar al instituto de la cosa juzgada en los términos aplicados por la mayoría, y que se debía confirmar la sentencia apelada, que declaró la nulidad del acto de elección acusado. (...). No es pertinente la cosa juzgada predicada en la sentencia de la cual [se discrepa], la cual dedujo la mayoría de la supuesta identidad entre los argumentos de la sentencia de segunda instancia proferida el 18 de marzo de 2021 dentro del expediente 81001-23-33-000-2020-00023-01 y, en esencia, los planteamientos de la demanda y de la apelación del caso de la referencia presentados por la parte accionada, vencida en el trámite contencioso electoral de primera instancia. (...). Dentro de ese marco [artículo 303 del Código General del Proceso], no sería posible predicar la cosa juzgada en la forma en que lo aceptó la Sala mayoritaria, pues, el instituto de la cosa juzgada opera en una relación que conjuga los elementos “SENTENCIA EJECUTORIADA y PROCESO” (art. 303 CGP); y no bajo una relación que involucra SENTENCIA EJECUTORIADA y APELACIÓN”, como equivocadamente se planteó. No parece claro que se pueda predicar la existencia de identidad de *causa petendi* entre apelaciones de dos procesos tramitados por cuerdas paralelas, especialmente si se considera que ese medio de impugnación busca confrontar las razones del fallo apelado con los motivos de inconformidad del apelante. (...). Tampoco podía hablarse de identidad de “objeto”, pues el artículo 303 se refiere al del “proceso”, que no es el mismo de la “apelación”. El “proceso” y la “apelación” no tienen el mismo objeto, pues mientras aquel se concreta, para el contencioso electoral, en la pretensión anulatoria, el último se orienta a la confrontación de los argumentos que sirvieron al juzgador de primer grado para adoptar determinada decisión, dentro de los cuales pudo haber incluso consideraciones o impulsos officiosos. Lo que hace la cosa juzgada es impedir que un proceso se pueda adelantar por haberse decidido otro de iguales características, a fin de garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, lo que aquí ocurrió es que dos procesos se tramitaron al mismo tiempo, bajo expedientes y cuerdas diferentes, a pesar de la posible similitud en las respectivas demandas. No es posible colegir que la existencia de uno anule o limite al otro, por la sencilla razón de que en ninguno de ellos había sentencia cuando se surtió el trámite de su símil. Y si bien debieron acumularse los expedientes a instancias del Tribunal de primera instancia, lo cierto es que la falta de ello no supone que solo se pudiera seguir adelante con uno de los procesos, pues ambos fueron fallados de conformidad con las particularidades del debate que se dio en su interior. Cada fallo de primera instancia, tanto en el radicado 2020-00023-01 como en el 2020-00018-01, fue el resultado, no solo de la forma en que se presentaron las sendas demandas, sino también de las contestaciones, intervenciones, probanzas y demás aristas definitorias del litigio. Más allá de que, eventualmente, por razones de igualdad, seguridad jurídica o cualquier otra pueda el *sub lite* nutrirse del antecedente de la Sección Quinta contenido en la sentencia del 18 de marzo de 2021 (expediente 2020-00023), constituyó un error de técnica jurídica de cara al abordaje del presente caso el estimar que las consideraciones de aquella providencia supriman la posibilidad de efectuar un examen amplio y de fondo en la presente oportunidad o, peor aún, que pudieran traerse a colación



consideraciones de aquella providencia para hacer exigibles consecuencias frente a un punto de derecho que nadie planteó en las apelaciones del vocativo de la referencia. Difícil resultaba perder de vista que en el expediente 2020-00018-01 (en el que se dictó la sentencia de la que ahora [se discrepa]) como en el 2020-00023-21 (del que la mayoría predicó erradamente la cosa juzgada), mediante sendas sentencias recabó en la nulidad del acto electoral enjuiciado, con la drástica diferencia de que en el primero lo hizo expresamente, y en el otro se estuvo a lo resuelto en aquel. En tal sentido, lo que concernía a la Sección Quinta, tanto en uno y otro evento era, en virtud del mandato imperativo de congruencia establecido en el artículo 281 del CGP, en armonía con el artículo 320 de esa codificación, desatar los motivos de inconformidad vertidos en los correspondientes escritos de apelación que buscaban desvirtuar las razones ofrecidas por el *a quo*, consultando, además, las restantes disertaciones legalmente acopiadas en el proceso, que para el caso de la referencia incluían un concepto del Ministerio Público en el sentido de confirmar la decisión apelada; a diferencia de lo ocurrido en el proceso antecedente, que se orientaba por la inhibición. (...). Aunque en aquella oportunidad acompañé dicho razonamiento, considero que en el presente caso había razones para entender que la Sala debía apartarse del mismo, en razón a que entraña una falencia insuperable de estructura que justificaba un viraje jurisprudencial, en tanto escala al demandado desde una puntuación de 82/100 a una de 99,7/100 en la prueba de conocimientos, en un ejercicio que resulta desbordado al momento de mantener las proporciones de ese componente, pues, en lugar de entrañar una auténtica recalificación lo que se hace es simplemente variar el umbral clasificatorio, pero manteniendo incólumes las diferencias entre aspirantes. (...). [L]a nueva escala, (...), aunque no conlleva un error jurídico, sí constituye una falla aritmética involuntaria decisiva en el juicio de incidencia realizado en el fallo de 18 de marzo de 2021 (exp. 2020-00023) citado. Así, con el nuevo parámetro o escala empleada en el antecedente y, de cierta forma, replicada en la ponencia, se dice que no hay ninguna incidencia en el resultado electoral, cuando la realidad matemática demostraría lo contrario. Una ponderación más justa de la incidencia no se orientaría solo a verificar quién más hubiera podido superar la etapa eliminatoria del concurso, sino si la exclusión de las 25 preguntas podía generar una variación tal que dejara por fuera al demandado. (...). Es por ello por lo que, en esta oportunidad, no podía compartir la métrica replicada por la mayoría. (...). [S]i se respeta ese rango de mínimo 57 y máximo 100 preguntas que surgiría de la variación positiva o negativa de 25 preguntas; con lo que por sustracción de materia se descartaba que el accionado necesariamente tuviera que obtener el resultado más alto al final de la prueba de conocimientos o el concurso mismo. Las preguntas de ofimática representaron la cuarta parte de toda la prueba de conocimientos, lo que a su vez era el 70% de todo el concurso; era un rango y el nivel de incertidumbre demasiado alto como para descartar la incidencia definitiva en el acto de elección. Y es por ello por lo que se debía confirmar la nulidad del acto de elección, y ordenar, como en otros casos, que se retrorajera el concurso a la prueba de conocimientos a fin de que se incluyeran preguntas que respetaran íntegramente los componentes aprobados por el concejo municipal. (...). [L]a única forma de salvar la escala de incidencia propuesta en el antecedente retomado en el fallo de la referencia, bajo la equivocada idea de cosa juzgada, era proyectarla en un ejercicio individualizado sobre cada uno de los 21 concursantes que se sometieron a la prueba de conocimientos, lo cual supondría un esfuerzo atípico de esta Sala, y además el hecho de tener que contar previamente con los cuadernillos de preguntas respuestas de todos y cada uno de ellos. Sin embargo, como ello no se hizo, no era posible ratificar la conclusión a la que se arribó en el fallo del cual [se discrepa] y, por ende, tampoco era factible revocar la sentencia apelada, la cual, en cambio, (...) debía ser confirmada.



NOTA DE RELATORÍA: En lo relacionado con el objeto de la cosa juzgada, consultar: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 26 de febrero de 2015, C.P. Susana Buitrago Valencia, radicación 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU). Sobre la causa petendi, consultar: Corte Constitucional, sentencia T-162 de 1998.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 281 /
CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 303

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., once (11) de junio de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 81001-23-33-000-2020-00018-01

Actor: DANYS JOSÉ GALINDO QÜENZA

**Demandado: ALEXANDER RIVERA ANDRADE - PERSONERO DE ARAUCA –
ARAUCA, PERÍODO 2020-2023**

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las que salvo mi voto en la sentencia de segunda instancia de la referencia, en la que se resolvió:

“PRIMERO: ESTARSE a lo resuelto por esta Sala Electoral en la sentencia del 18 de marzo de 2021, radicación 81001-23-33-000-2020-00023-01, M.P. Rocío Araujo Oñate, respecto de los cargos enlistados en el presente proveído por estar cobijados por la cosa juzgada.

SEGUNDO: en consecuencia, **REVOCAR** el numeral 2º de la sentencia del 16 de octubre de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Arauca declaró la nulidad del acto de elección de Alexander Rivera Andrade como personero municipal de Arauca (2020-2024), para en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda”.

En síntesis, me aparto de tal resolutive en tanto considero que no se podía apelar al instituto de la cosa juzgada en los términos aplicados por la mayoría, y que se debía confirmar la sentencia apelada, que declaró la nulidad del acto de elección acusado.



INEXISTENCIA DE LA COSA JUZGADA

No es pertinente la cosa juzgada predicada en la sentencia de la cual me aparto, la cual dedujo la mayoría de la supuesta identidad entre los argumentos de la sentencia de segunda instancia proferida el 18 de marzo de 2021 dentro del expediente 81001-23-33-000-2020-00023-01 y, en esencia, los planteamientos de la demanda y de la apelación del caso de la referencia presentados por la parte accionada, vencida en el trámite contencioso electoral de primera instancia.

En concreto, en el fallo se dijo:

“... habida cuenta que los radicados 2020-00023-01 y 2020-00018-01 guardan identidad de objeto, es decir, el acto demandado es el mismo; identidad de causa, pues los argumentos principales de las demandas y, también, los de la apelación son idénticos y que, finalmente, el requisito de identidad jurídica de las partes no es exigible en este tipo de procesos dado que al ser un medio de control público, la nulidad electoral puede ser interpuesta por cualquier persona, la Sala se atendrá a lo dispuesto y discutido en el primero de los procesos, por considerar que los cargos que se reseñan a continuación ya fueron decididos y se encuentran cobijados por el fenómeno de la cosa juzgada”.

Sobre el particular, el artículo 303 del CGP previene: *“Artículo 303. Cosa juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*.

En la misma línea, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Quinta, *“... el objeto de la cosa juzgada es que los hechos y conductas que se han resuelto judicialmente no puedan ser debatidos nuevamente en un proceso posterior. Lo anterior por cuanto lo decidido por el juez adquiere las características de vinculante, obligatorio y, por lo tanto, de inmutable...”*¹, y tiene como elementos la identidad de objeto, causa y partes.

Dentro de ese marco, no sería posible predicar la cosa juzgada en la forma en que lo aceptó la Sala mayoritaria, pues, el instituto de la cosa juzgada opera en una relación que conjuga los elementos “SENTENCIA EJECUTORIADA y PROCESO” (art. 303 CGP); y no bajo una relación que involucra SENTENCIA EJECUTORIADA y APELACIÓN”, como equivocadamente se planteó.

No parece claro que se pueda predicar la existencia de identidad de causa petendi entre apelaciones de dos procesos tramitados por cuerdas paralelas, especialmente si se considera que ese medio de impugnación busca confrontar las razones del fallo apelado con los motivos de inconformidad del apelante; y como bien lo ha explicado la Corte Constitucional, La causa petendi *“hace referencia a las razones que sustentan las peticiones del demandante ante el juez. Es así como la causa petendi contiene, por una parte, un componente fáctico*

¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 26 de febrero de 2015. C.P. Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación 17001-23-33-000-2014-00219-01(ACU).



constituido por una serie de hechos concretos y, de otro lado, un componente jurídico, constituido no sólo por las normas jurídicas a las cuales se deben adecuar los hechos planteados sino, también, por el específico proceso argumentativo que sustenta la anotada adecuación. En suma, es posible afirmar que la causa petendi es aquel grupo de hechos jurídicamente calificados de los cuales se busca extraer una concreta consecuencia jurídica”².

Tampoco podía hablarse de identidad de “objeto”, pues el artículo 303 se refiere al del “proceso”, que no es el mismo de la “apelación”. El “proceso” y la “apelación” no tienen el mismo objeto, pues mientras aquel se concreta, para el contencioso electoral, en la pretensión anulatoria, el último se orienta a la confrontación de los argumentos que sirvieron al juzgador de primer grado para adoptar determinada decisión, dentro de los cuales pudo haber incluso consideraciones o impulsos oficiosos.

Lo que hace la cosa juzgada es impedir que un proceso se pueda adelantar por haberse decidido otro de iguales características, a fin de garantizar la seguridad jurídica. Sin embargo, lo que aquí ocurrió es que dos procesos se tramitaron al mismo tiempo, bajo expedientes y cuerdas diferentes, a pesar de la posible similitud en las respectivas demandas.

No es posible colegir que la existencia de uno anule o limite al otro, por la sencilla razón de que en ninguno de ellos había sentencia cuando se surtió el trámite de su símil. Y si bien debieron acumularse los expedientes a instancias del Tribunal de primera instancia, lo cierto es que la falta de ello no supone que solo se pudiera seguir adelante con uno de los procesos, pues ambos fueron fallados de conformidad con las particularidades del debate que se dio en su interior. Cada fallo de primera instancia, tanto en el radicado 2020-00023-01 como en el 2020-00018-01, fue el resultado, no solo de la forma en que se presentaron las sendas demandas, sino también de las contestaciones, intervenciones, probanzas y demás aristas definitorias del litigio.

Más allá de que, eventualmente, por razones de igualdad, seguridad jurídica o cualquier otra pueda el *sub lite* nutrirse del antecedente de la Sección Quinta contenido en la sentencia del 18 de marzo de 2021 (expediente 2020-00023), constituyó un error de técnica jurídica de cara al abordaje del presente caso el estimar que las consideraciones de aquella providencia supriman la posibilidad de efectuar un examen amplio y de fondo en la presente oportunidad o, peor aún, que pudieran traerse a colación consideraciones de aquella providencia para hacer exigibles consecuencias frente a un punto de derecho que nadie planteó en las apelaciones del vocativo de la referencia.

Difícil resultaba perder de vista que en el expediente 2020-00018-01 (en el que se dictó la sentencia de la que ahora me aparto) como en el 2020-00023-21 (del que la mayoría predicó erradamente la cosa juzgada), mediante sendas sentencias recabó en la nulidad del acto electoral enjuiciado, con la drástica diferencia de que

² T-162 de 1998.



en el primero lo hizo expresamente, y en el otro se estuvo a lo resuelto en aquel. En tal sentido, lo que concernía a la Sección Quinta, tanto en uno y otro evento era, en virtud del mandato imperativo de congruencia establecido en el artículo 281 del CGP, en armonía con el artículo 320 de esa codificación, desatar los motivos de inconformidad vertidos en los correspondientes escritos de apelación que buscaban desvirtuar las razones ofrecidas por el *a quo*, consultando, además, las restantes disertaciones legalmente acopiadas en el proceso, que para el caso de la referencia incluían un concepto del Ministerio Público en el sentido de confirmar la decisión apelada; a diferencia de lo ocurrido en el proceso antecedente, que se orientaba por la inhibición.

NULIDAD DEL ACTO ELECTORAL

En la sentencia de la cual me aparto, el fundamento de la revocatoria del fallo apelado descansa en el siguiente apartado:

“Al igual que en el fallo del 18 de marzo de 2021, rad. 2020-00023-01, C.P. Dra. Rocío Araujo Oñate, quiere la Sala precisar que, hasta este punto, la decisión del Tribunal Administrativo de Arauca se mantiene incólume, pues, es claro que, al momento de la aplicación de la prueba de conocimientos, el operador del concurso de méritos incluyó en los mismos temas que no debieron ser objeto de evaluación, como lo son las preguntas de ofimática y de comprensión de lectura.

No obstante, en el fallo citado, luego de un extenso y pormenorizado estudio, la Sala arribó a la convencimiento de que **aún en el evento de la exclusión de las preguntas de ofimática y de comprensión de lectura de la prueba de conocimientos**, y en el hipotético caso en que los demás concursantes hubiesen obtenido el máximo puntaje en (i) la prueba de competencias laborales, (ii) la valoración de la experiencia y (iii) la entrevista, **el señor Alexander Rivera Andrade continuaría ocupando el primer lugar de la lista de elegibles**, aspecto que permite concluir que la irregularidad que se demostró al interior del proceso de selección del personero de Arauca (2020-2024), no tiene *la incidencia suficiente*³ que permita concluir que el resultado eleccionario hubiera sido diferente.

Lo anterior, teniendo en cuenta que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2485 de 2014, en concordancia con el artículo el artículo 30 de la Resolución 200.10.021 del 7 de noviembre del 2019, expedida por el Concejo Municipal de Arauca, el cargo de personero debe cubrirse con la persona que ocupe el primer lugar en la lista de elegibles, que en el *sub lite* es Alexander Rivera Andrade” (Negrillas propias).

El estudio citado de la sentencia de 18 de marzo de 2021 fue del siguiente tenor:

“158. Ahora bien, precisado lo anterior, es necesario determinar la incidencia de la exclusión de las preguntas que, como ya se señaló, era improcedente su evaluación.

159. El primer presupuesto para dicho análisis, es que inicialmente la prueba de conocimientos tenía un total de 100 preguntas (40 por el núcleo común y 60 por el núcleo específico), con un puntaje mínimo aprobatorio de 80 para entenderla aprobada y así poder ser considerado para las siguientes fases del proceso, dado

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 23 de marzo del 2017. M.P. Rocío Araujo Oñate. Radicación 25000-23-41-000-2016-00219-01.



su carácter eliminatorio. Bajo esta lógica, cada pregunta tenía un valor de un punto toda vez que el puntaje máximo es de 100. Considerando que un total de 25 preguntas no podían ser objeto de evaluación en la prueba de conocimientos, se tiene entonces que el nuevo total corresponde a 75 preguntas (15 del núcleo común y 60 por el núcleo de conocimientos específicos). **Ante esta realidad, el valor de las preguntas, a efectos de lograr el máximo permitido de 100, pasaría cada pregunta a tener un valor de 1,33 puntos por pregunta.**

160. Así mismo, observa esta Sección que se presentaría una reducción respecto del número de puntos mínimo requerido para aprobar esta prueba, que conforme a lo señalado *supra. pár. 142*, se estableció en 80 puntos, es decir, un ochenta por ciento (80%) del total de las preguntas efectuadas. Aplicando este referente al nuevo total de preguntas, y buscando preservar el mismo criterio adoptado por el órgano electoral, el nuevo mínimo de preguntas requeridas para entender aprobada esta prueba es de 60, sobre los 100 máximos que se pueden otorgar.

161. Aplicando los valores descritos al resultado reportado por la Fundación Unitrópico, tenemos lo siguiente:

RA D	DOCUMENTO DE IDENTIFICACIÓ N	CÓDIGO DE EMBALAJE DE SEGURIDA D	RESULTAD O OBTENIDO SOBRE 100 PUNTOS	NUEVO RESULTAD O
1	1.128.278.416	900418	54	71,82
2	1.024.503.740	900419	41	54,53
3	53.010.596	900420	44	58,52
4	68.292.712	900421	30	39,9
5	79.280.041	900422	59	78,47
7	1.116.795.491	900424	45	59,85
8	1.116.799.708	900425	22	29,26
9	17.587.340	900426	34	45,22
10	1.116.784.176	900427	42	51,66
11	1.010.171.761	900428	61	81,13
12	17.588.883	900429	36	47,88
13	1.116.787.837	900430	58	77,14
14	88.030.733	900431	75	99,7
15	52.966.181	900432	53	70,49
16	1.015.418.259	900433	58	77,14
17	63.547.604	900434	No se presentó	NA
18	1.116.781.070	900435	34	45,22
19	1.090.385.679	900436	24	31,92
20	68.295.434	900437	No se presentó	NA
21	1.094.958.144	900438	48	63,84
22	9.531.810	900439	36	47,88
23	5.048.001	900440	40	53,2

162. El resultado antes previsto, nos indica que sin contabilizar las preguntas que no era procedente incluir en la prueba de conocimiento, otras siete personas identificadas con cédulas de ciudadanía 1.128.278.416, 79.280.041, 1.010.171.761, 1.116.787.387, 52.966.181, 1.015.418.259 y 1.094.958.144, hubieran superado la prueba de conocimientos, encontrándose habilitados para presentar la correspondiente prueba de competencias laborales junto con el demandado.

(...)

164. Presumiendo a su vez los nuevos habilitados obtuvieron el máximo puntaje en la entrevista, tenemos:

Documento de identificación	Resulta do de la prueba de conoci mientos (70%)	Resulta do de la prueba de compe tencias laborales (10%)	Resulta do del análisis de estudio y experie ncia (10%)	Acumulado total de las pruebas (90%)	Entr vist a (10 %)	Total
1.128.278.426	50,27	10	10	70,2	10	80,2
79.280.041	54,9	10	10	75,9	10	85,9
1.010.171.761	56,7	10	10	76,7	10	86,9





1.116.787.837	53,9	10	10	73,9	10	83,9
88.030.733	69,79	5,8	4	79,5	9	88,5
52.966.181	49,3	10	10	69,3	10	70,3
1.015.418.259	53,9	10	10	73,9	10	83,9
1.094.958.144	44,6	10	10	64,6	10	74,6

165. Como resultado de lo anterior, se tiene que aún en el evento de la exclusión de las preguntas de la prueba de conocimientos, y en el hipotético en que las personas identificadas con las cédulas 1.128.278.416, 79.280.041, 1.010.171.761, 1.116.787.387, 52.966.181, 1.015.418.259 y 1.094.958.144 hubieren obtenido el máximo puntaje en la prueba de competencias laborales, la valoración de la experiencia y la entrevista, lo cierto es que el señor Alexander Rivera Andrade, hubiera continuado en el primer lugar de la lista de elegibles...”.

Aunque en aquella oportunidad acompañé dicho razonamiento, considero que en el presente caso había razones para entender que la Sala debía apartarse del mismo, en razón a que entraña una falencia insuperable de estructura que justificaba un viraje jurisprudencial, en tanto escala al demandado desde una puntuación de 82/100 a una de 99,7/100 en la prueba de conocimientos, en un ejercicio que resulta desbordado al momento de mantener las proporciones de ese componente, pues, en lugar de entrañar una auténtica recalificación lo que se hace es simplemente variar el umbral clasificatorio, pero manteniendo incólumes las diferencias entre aspirantes.

Resulta contraintuitivo suponer que, si se excluyen las 25 preguntas de ofimática y comprensión lectora del total de 100 que completaban la prueba en cuestión, las 75 preguntas restantes que respondió el demandado serían todas, entonces, acertadas, pues lo que se traduce el aproximar su resultado a 99,7 puntos; que no es otra cosa que multiplicar los 1.33 puntos que la Sala había dicho que costaba cada pregunta –luego de excluir las 25 mencionadas– por los 75 puntos con los que partió el demandado en la nueva escala, en la que no fue modificado el punto de partida de los demás candidatos; cuestión que, aunque no conlleva un error jurídico, sí constituye una falla aritmética involuntaria decisiva en el juicio de incidencia realizado en el fallo de 18 de marzo de 2021 (exp. 2020-00023) citado.

Así, con el nuevo parámetro o escala empleada en el antecedente y, de cierta forma, replicada en la ponencia, se dice que no hay ninguna incidencia en el resultado electoral, cuando la realidad matemática demostraría lo contrario.

Una ponderación más justa de la incidencia no se orientaría solo a verificar quién más hubiera podido superar la etapa eliminatoria del concurso, sino si la exclusión de las 25 preguntas podía generar una variación tal que dejara por fuera al demandado; recuérdese que había aprobado la prueba de conocimientos solo por 2 preguntas de diferencia –al obtener 82 puntos, de los 80 requeridos–, lo que dejaba abierta la posibilidad de que hubieran sido precisamente esas 25 preguntas de ofimática bien respondidas las que lo hubieran clasificado, o que esas mismas 25 preguntas de ofimáticas mal respondidas representaran la eventual exclusión a otros participantes. Es por ello por lo que, en esta oportunidad, no podía compartir la métrica replicada por la mayoría.

De hecho, en la prueba inicial, si a los 82 puntos iniciales obtenidos por demandado de los 100 disputados en la prueba de conocimientos se le restaban



las 25 preguntas de ofimática, eso le daría un total de 57 puntos, habiendo, entonces, otros cuatro candidatos que podrían haber sacado una mejor puntuación que el demandado, si se respeta ese rango de mínimo 57 y máximo 100 preguntas que surgiría de la variación positiva o negativa de 25 preguntas; con lo que por sustracción de materia se descartaba que el accionado necesariamente tuviera que obtener el resultado más alto al final de la prueba de conocimientos o el concurso mismo.

Las preguntas de ofimática representaron la cuarta parte de toda la prueba de conocimientos, lo que a su vez era el 70% de todo el concurso; era un rango y el nivel de incertidumbre demasiado alto como para descartar la incidencia definitiva en el acto de elección. Y es por ello por lo que se debía confirmar la nulidad del acto de elección, y ordenar, como en otros casos, que se retrotrajera el concurso a la prueba de conocimientos a fin de que se incluyeran preguntas que respetaran íntegramente los componentes aprobados por el concejo municipal.

A mi juicio, la única forma de salvar la escala de incidencia propuesta en el antecedente retomado en el fallo de la referencia, bajo la equivocada idea de cosa juzgada, era proyectarla en un ejercicio de individualizado sobre cada uno de los 21 concursantes que se sometieron a la prueba de conocimientos, lo cual supondría un esfuerzo atípico de esta Sala, y además el hecho de tener que contar previamente con los cuadernillos de preguntas respuestas de todos y cada uno de ellos. Sin embargo, como ello no se hizo, no era posible ratificar la conclusión a la que se arribó en el fallo del cual me aparto y, por ende, tampoco era factible revocar la sentencia apelada, la cual, en cambio, desde mi óptica y por los motivos que aquí esgrimo, debía ser confirmada.

En los anteriores términos dejé presentado mi salvamento 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>”