



NULIDAD ELECTORAL – Contra el acto de elección del personero municipal / CONCEJO MUNICIPAL - Competencia en el proceso de elección del personero / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Marco normativo

El numeral 8 del artículo 313 de la Constitución Política dispone que compete a los concejos municipales elegir al personero para el periodo que fije la ley. Frente a este mandato normativo, la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan las normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, dispuso en su artículo 170 que dicha elección se llevará a cabo en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres (3) años. Sin embargo, este contenido normativo fue modificado por la Ley 1031 de 2006, que amplió el período de los personeros municipales de tres (3) a cuatro (4) años, a partir del año 2008. Con la expedición de la Ley 1551 de 2012, "Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", se modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 al establecer un concurso público de méritos para la elección del personero municipal, el cual estaría en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. (...). A su turno, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015, que compiló lo dispuesto en el Decreto 2485 de 2014, el concurso dirigido a la elección de los personeros debe adelantarse bajo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad. Por consiguiente, es claro que la ley ha reiterado la atribución constitucional de los concejos municipales y distritales para la nominación de los personeros, incorporando al espectro ampliamente discrecional que inicialmente tuvo esta competencia la exigencia de realizar un proceso de selección donde prevalezcan el mérito y la idoneidad, en consonancia con los principios constitucionales que orientan el acceso a la función pública. Así mismo, no cabe duda de que los concejos tienen a su cargo la responsabilidad de dirigir estos concursos y de trazar sus lineamientos generales, sin perjuicio de contar con la asistencia de terceros especializados en la materia.

NOTA DE RELATORÍA: La presente providencia cuenta con aclaración de voto presentada por la Magistrada Rocío Araujo Oñate. Respecto de la competencia de los concejos municipales para proveer el cargo de personero, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-105 de 6 de marzo de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de abril de 2021, radicación 05001-23-33-000-2020-00480-01.

CONCEJO MUNICIPAL / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL - Regulación de las etapas del proceso de selección / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Discrecionalidad del nominador al evaluar la entrevista

Recientemente, la Sala señaló que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 trazó un nuevo modelo eleccionario, que introdujo el concurso público como el elemento central de su escogencia y garantía de independencia en el cumplimiento de los altos fines misionales del cargo; por tanto, la provisión de estos empleos dejó de estar al libre arbitrio de los concejos municipales para ajustarse al principio de la meritocracia, como elemento estructural y definitorio de nuestro ordenamiento superior, en el marco de un procedimiento abierto, objetivo y reglado, aunque reservando en estos el poder de nominación y la facultad de configurar, en el marco general de la Constitución, la ley y el reglamento, las especificidades del procedimiento eleccionario para conciliar las exigencias de transparencia, igualdad e imparcialidad en el acceso a la función pública con las consideraciones de conveniencia, necesidad y representación propias de la actividad política con su vocación participativa, deliberativa y pluralista. El Decreto 2485 de 2014, en su





artículo 2.2.27.1, previó que el personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital y en su artículo 2.2.27.2, dispuso las etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros. (...). [El] Decreto 1083 de 2015 previó lo relativo a los mecanismos de publicidad del proceso de selección (artículo 2.2.27.3), la elaboración de la lista de elegibles (artículo 2.2.27.4) la naturaleza del cargo de personero (artículo 2.2.27.5) y la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos con organismos especializados técnicos e independientes, para la realización parcial de los concursos de personero, los cuales continuarán bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión (artículo 2.2.27.6). A partir de estos parámetros, la Sala ha destacado las consecuencias anulatorias que pueden provenir del desconocimiento de los términos vinculantes de la convocatoria para la elección realizada, al igual que la importancia de garantizar la debida publicidad que permita la libre concurrencia de los interesados, junto con el estricto orden de mérito en que debe ser aplicada la lista de elegibles que resulte del proceso. De acuerdo con lo expuesto, el ordenamiento jurídico contiene una regulación minuciosa de las actividades que se adelantan en el marco del concurso que debe preceder la elección de los personeros municipales y distritales, que confirma su carácter reglado y somete la discrecionalidad de los concejos a los resultados de las pruebas aplicadas conforme a la convocatoria, la cual debe recoger todos los parámetros previstos en las normas reglamentarias. (...). En este orden, la discrecionalidad del nominador al realizar y evaluar la entrevista no puede devenir en arbitrariedad o discriminación para alterar deliberadamente el orden de la lista de elegibles en beneficio del candidato de su preferencia y sino que debe obedecer a una calificación razonable y razonada de las capacidades, competencias, aptitudes y el perfil general de cada aspirante de conformidad con las funciones y responsabilidades del cargo.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre el concurso público como elemento central de escogencia del personero, como garantía de independencia y que se ajusta al principio de la meritocracia, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de junio de 2020, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 76001-23-33-000-2020-00243-01. Sobre las consecuencias anulatorias que pueden provenir del desconocimiento de los términos vinculantes de la convocatoria para la elección realizada, al igual que la importancia de garantizar la debida publicidad que permita la libre concurrencia de los interesados, junto con el estricto orden de mérito en que debe ser aplicada la lista de elegibles que resulte del proceso, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de marzo de 2021, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez, radicación 05001-23-33-000-2020-00495-01. En cuanto al concepto de la entrevista y que de allí no puede derivarse que la normatividad admita, en cabeza de los entrevistadores, una atribución omnímoda y carente de control, pues su cometido no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, consultar: Corte Constitucional. Sentencia del 6 de agosto de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Corte Constitucional, sentencia C-478 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

CONCEJO MUNICIPAL / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL / ENTREVISTA EN EL CONCURSO DE MÉRITOS - Conducencia y pertinencia de las preguntas formuladas / ENTREVISTA EN EL CONCURSO DE MÉRITOS – La convocatoria permitía al entrevistador valorar los conocimientos de los aspirantes





[L]a Sala no comparte lo dicho por el agente del Ministerio Público quien sostuvo que la naturaleza jurídica de la entrevista no puede ser la ratificación de los resultados de la prueba de conocimientos y, si ello fuese así, debió ponerse en conocimiento de los interesados con antelación para que se preparan para ello. Discrepa de dicha apreciación por cuanto, como se vio, la entrevista también permite al entrevistador valorar los conocimientos de los aspirantes y, además, porque en el acto de convocatoria se informó a los interesados que dicha etapa se valorarían conocimientos de los concursantes. En este punto, conviene traer a colación las funciones de los personeros [misionales, complementarias, delegadas y accesorias]. (...). Para la Sala la primera pregunta sí guarda relación con las funciones misionales de los personeros las cuales deben ser conocidas por quienes aspiran a desempeñar ese cargo, dado que la ejecución de los contratos estatales concierne la protección del interés público. Evidencia de ello es que la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, están enlistados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, como derechos e intereses colectivos, cuya protección puede deprecarse mediante las acciones populares para cuya interposición, están expresamente legitimados los personeros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la referida ley. En el mismo sentido, según el artículo 178 de la Ley 136 de 1994, a los personeros les corresponde, entre otras funciones, defender el patrimonio público interponiendo las acciones judiciales y administrativas pertinentes y ejercer la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales. Además, según el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, (...) la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas en materia contractual, también se relaciona con las tareas que tienen a su cargo los personeros e implica tener conocimientos ese tema, dado que el desconocimiento de las normas contractuales puede configurar una falta disciplinaria. Asimismo, por disposición del artículo 24 de la Ley 617 de 2000, el personero tiene funciones de veedor del tesoro, entre ellas, velar por el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa; realizar visitas, inspecciones y actuaciones que estime oportunas en las dependencias de la administración municipal para el cumplimiento de sus atribuciones en materia de tesoro público municipal; y evaluar permanentemente la ejecución de las obras públicas que se adelanten en el municipio. En ese orden de ideas, no es de recibo el planteamiento del actor según el cual la pregunta es sospechosa porque la demandada era la única participante especialista en contratación estatal, dado que, como se explicó, se trata de un tema cuyo conocimiento es esperable de quien aspira a ser personero. Acerca de la segunda pregunta, la Sala advierte que también guarda relación con las funciones misionales de los personeros. (...). Si bien es cierto los personeros no integran el CONPES, también lo es que, como Ministerio Público, les corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos lo que, sin duda, tiene relación con las estrategias establecidas para atender a la población migrante de Venezuela, máxime si se tiene en cuenta que Maicao es un municipio que limita con dicho país. (...). Finalmente, en cuanto a la tercera pregunta, si bien puede pensarse que pretendía inducir a error a los entrevistados, dado que las personerías no están facultadas para adelantar procesos de responsabilidad fiscal, la Sala considera que los aspirantes debían tener conocimiento de dicho aspecto, en tanto la vigilancia de la gestión fiscal, por mandato constitucional (artículos 119 y 267) y legal (artículo 1 de la Ley 617 de 2000) está atribuida a la Contraloría General de la Nación. Es decir, debían saber que esa función no le corresponde al Ministerio Público sino a otra entidad, puesto que las preguntas también pueden tener como propósito verificar si el aspirante conoce cuáles son los límites y el alcance de sus funciones. Asimismo, en ejercicio de las funciones como veedor del tesoro, a los personeros les corresponde solicitar la intervención de las cuentas de la respectiva entidad territorial por parte de la Contraloría General de la Nación o de la Contraloría





departamental, cuando lo considere necesario, de modo que, al menos, deben tener conocimientos de los fundamentos de la responsabilidad fiscal, para el cumplimiento oportuno y eficaz de dicha atribución. De acuerdo con lo expuesto, este argumento de la apelación no está llamado a prosperar.

NOTA DE RELATORÍA: Acerca de las funciones de los personeros, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1 de diciembre de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 73001-23-33-000-2016-00079-03. De la función de veedor del tesoro del personero, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-1105 de 2011.

CONCEJO MUNICIPAL / ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL VALORACIÓN DE LA PRUEBA / PRUEBA DE OFICIO - No implica subsanar la falta de actividad probatoria de las partes

[L]a Sala advierte que, al tenor del artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, es posible solicitar pruebas en segunda instancia, sin embargo, el apelante no procedió en ese sentido. Y, de haberlo hecho, la solicitud no era procedente, toda vez que en el presente caso no se configuran los eventos que la norma consagra para el efecto. (...). En criterio de esta Sección, la facultad oficiosa del juez en materia probatoria no está concebida para suplir la incuria de las partes para demostrar el supuesto que las normas consagran en su favor, es decir, no implica subsanar la falta de actividad probatoria de las partes, so pretexto de esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. (...). [A]l actor le correspondía allegar el acervo probatorio que permitiera concluir que la calificación fue desproporcionada, de modo que debió solicitar en la oportunidad procesal adecuada, las pruebas pertinentes y conducentes para acreditar ese supuesto. Sin embargo, no es posible establecer dicha circunstancia dado que debía hacerse un ejercicio de comparación entre las respuestas del demandante y las de la demandada, pero estas últimas no fueron allegadas al proceso. (...). Es claro entonces que el análisis comparativo que echa de menos el apelante, con el que pretendía demostrar que la puntuación de la entrevista fue desproporcional, no pudo efectuarse en primera instancia ni tampoco en esta etapa del proceso, dada su incuria probatoria, la cual (...), no le corresponde suplir al juez. (...). [L]a Sala advierte que la expresión “algunas de las notas obtenidas podrían ser un poco discriminatorias” que corresponde a la apreciación de los 3 miembros de la mesa directiva del concejo que suscribieron la respuesta [a la reclamación presentada por el demandante], no denota una afirmación categórica dado el empleo de un lenguaje dubitativo, lo cual no lleva a la convicción a esta colegiatura de que, en efecto, fue así. Adicionalmente, debe reiterarse que para llegar a la convicción de que los estándares aplicados para la calificación de las respuestas dadas en la entrevista fueron discriminatorios o desproporcionados, en perjuicio del actor, se debe reparar en el acervo probatorio correspondiente, el cual se echa de menos. Por lo expuesto, este planteamiento de la apelación no está llamado a prosperar.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la facultad oficiosa del juez en materia probatoria y que no está concebida para suplir la incuria de las partes consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de mayo de 2021, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 08001-23-33-000-2020-00139-01.

ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL / FALTA DE COMPETENCIA DEL CONCEJO MUNICIPAL / LÍMITES DEL RECURSO DE APELACIÓN / LÍMITES DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

El texto transcrito [artículo 320 del Código General del Proceso] es claro en





advertir que la competencia del superior para pronunciarse sobre el fundamento de la apelación está circunscrita a los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, lo que descarta el análisis de cualquier otro aspecto que no haya sido materia de alzada. En el mismo sentido, el artículo 328 del mismo código determina la competencia del superior. (...). En ese orden, el juez de segunda instancia está limitado por lo que se plantea en el escrito de apelación, de modo que solo puede estudiar los argumentos allí esbozados o, lo que es lo mismo, tiene vedado abordar aspectos que no fueron objeto de reproche en recurso de apelación. (...). De acuerdo con lo expuesto, para esta Sala no es procedente desbordar su ámbito competencial para proceder al estudio de cuestiones que no fueron propuestas por el apelante, quien no se pronunció acerca de una eventual falta de competencia del concejo de Maicao en los términos planteados por el procurador delegado. (...). El planteamiento del procurador delegado frente a la supuesta falta de competencia del concejo [para la fijación de las reglas de la evaluación de la entrevista] no se enmarca en ninguna de esas excepciones y, además, es un cargo nuevo respecto del cual ha operado la caducidad. En todo caso, si en gracia de discusión se abordara el estudio de ese reproche, se advierte con facilidad que el presente litigio difiere del caso del personero de Guadalajara de Buga en el que mediante un acto posterior a la resolución de convocatoria y luego de conocerse los resultados de las demás pruebas del concurso, el concejo reglamentó la puntuación de la entrevista, con lo que dicho acto resultó extemporáneo. En el caso de la personera de Maicao, no hubo ningún acto posterior a la convocatoria referido a la entrevista, pues las pautas para su realización fueron fijadas en la Resolución 055 de 2019. (...). Conforme a los anteriores planteamientos, la Sala concluye que no se demostró el vicio de expedición irregular en contra del acto de elección de la señora Mayerlis Pérez Granados como personera del Municipio de Maicao y, por consiguiente, la presunción de legalidad del acto acusado quedó incólume, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la competencia del superior para pronunciarse sobre el fundamento de la apelación y que está circunscrita a los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, lo que descarta el análisis de cualquier otro aspecto que no haya sido materia de alzada, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de junio de 2021, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicación 68001-23-33-000-2019-00896-01. En cuanto a los límites del juez de segunda instancia frente a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de abril de 2014, M.P. Susana Buitrago Valencia, radicación 08001-23-31-000-2011-01474-01. Sobre el principio de congruencia, consultar: Consejo de estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de agosto de 2020, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, Rad. 44001 - 23-40-000-2019-00175-01.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 313 NUMERAL 8 / DECRETO 2485 DE 2014 - ARTÍCULO 2.2.27.1 / DECRETO 2485 DE 2014 - ARTÍCULO 2.2.27.2 / DECRETO 1083 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.27.2 / DECRETO 1083 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.27.3 / DECRETO 1083 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.27.4 / DECRETO 1083 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.27.5 / DECRETO 1083 DE 2015 - ARTÍCULO 2.2.27.6 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 24 / LEY 472 DE 1998 – ARTÍCULO 4 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 170 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 178 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 212 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 213 / LEY 1551 DE 2012 – ARTÍCULO 35 / LEY 80 DE 1993 – ARTÍCULO 3 / LEY 1031 DE 2006 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 320 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 328





CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., cinco (5) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 44001-23-40-000-2020-00215-01

Actor: ANTHONY DI MAURO BARROS BARROS

Demandado: MAYERLIS PÉREZ GRANADOS – PERSONERA DE MAICAO, PERÍODO 2020-2024

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Etapa de entrevista en el concurso de méritos para elegir personeros

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 2 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto de designación de Mayerlis Pérez Granados como personera del Municipio de Maicao.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor Anthony Di Mauro Barros Barros, obrando en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, consagrado en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, elevó las siguientes pretensiones:

“PRIMERO: *Que se declare la Nulidad del Acta de sesión ordinaria No. 025 del veinticuatro (24) de febrero del año dos mil veinte (2020) del Concejo Municipal de Maicao a través de la cual se llevó a cabo la elección de la actual Personera.*

SEGUNDO: *Que como consecuencia de la nulidad declarada, se ordene retrotraer las actuaciones administrativas al Concejo Municipal de Maicao y realizar nuevamente la entrevista con las plenas garantías constitucionales y legales que permitan una calificación imparcial y ceñida a los principios que ha señalado la Honorable Corte Constitucional y el Honorable Consejo de Estado.*



TERCERO: *Que se ordene a la Procuraduría Regional de La Guajira que realice acompañamiento a la nueva etapa de entrevistas para verificar el cumplimiento de las directrices impartidas por el tribunal”.*

1.1. Hechos

Indicó el señor Barros Barros que el 11 de febrero de 2020 el Concejo de Maicao realizó la prueba final de entrevista con la que culminó el proceso de selección del personero de ese municipio en la cual participaron Mayerlis Pérez, Juan Carlos Gutiérrez y el demandante.

Informó que el artículo 58 de la Resolución 055 de 2019 establece que la calificación de dicha prueba tenía carácter subjetivo sin que ninguna respuesta se considerara negativa.

El actor mencionó que obtuvo 38.4 puntos de 100 posibles, mientras que a quien ocupó el primer puesto se le asignaron 88.8 puntos, lo que evidencia que la calificación fue desproporcional y obedeció a puntajes negativos.

Señaló que presentó reclamación ante el Concejo Municipal para que reconsiderara su puntuación y, en consecuencia, algunos concejales la modificaron de 20 sobre 100 a 50 sobre 100, con lo que, a su juicio, se evidencia la forma despectiva en que fue calificado.

Agregó el actor que mientras él y Juan Carlos Gutiérrez fueron calificados con puntajes negativos de 20 a 50 puntos, la señora Mayerlis Pérez no obtuvo menos de 50 puntos, por lo que para ella primó el principio de calificación subjetiva según el cual no existen respuestas acertadas o desacertadas, mientras que las respuestas de los otros candidatos fueron erradas lo que evidencia un trato discriminatorio que favoreció a la demandada.

Adujo que las preguntas elaboradas por el Concejo Municipal no tuvieron carácter subjetivo y cualitativo pues fueron cuantitativas y de conocimientos, por lo que la entrevista fue irregular.

Por ejemplo, la primera pregunta fue acerca de los presupuestos para la debida ejecución de un contrato estatal, lo que nada tiene que ver con la evaluación de habilidades y aptitudes, pero que favoreció a la demandada quien, de todos los aspirantes es la única especialista en contratación estatal.

Dijo que la tercera pregunta “¿Cuáles son las modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal que maneja la personería artículo 106 de la ley 1474 de 2011?” fue capciosa porque las personerías no conocen de ese tipo de procesos, sin embargo, es curioso que la única persona que contestó acertadamente fue la demandada.

Sostuvo que luego de la reclamación que presentó, los concejales modificaron su puntuación así:





- 2 concejales 100 puntos
- 1 concejal con 90 puntos
- 3 concejales con 50 puntos
- 1 concejal con 35 puntos
- 4 concejales con 30 puntos
- 1 concejal con 28 puntos
- 1 concejal con 27 puntos
- 4 concejales con 25 puntos

El total fue de 750 y un promedio de 44.12 puntos que arroja el 4.41% con lo cual en el consolidado final quedó por debajo de la demandada, con una diferencia del 2%.

Resaltó que solo obtuvo 3 calificaciones positivas y el resto se hicieron en forma despectiva y discriminatoria para favorecer a la persona que ocupaba el segundo lugar en el proceso y que fue elegida.

Por último, aseguró que 14 de los 17 concejales pertenecen a la coalición de gobierno, quienes calificaron despectivamente a los demás participantes y que deja clara la presunción de favorecimiento en las puntuaciones otorgadas en la entrevista final.

1.2. Normas violadas y concepto de violación

El demandante invocó como fundamento de derecho las siguientes normas y sentencias:

- i. Constitución Política: artículo 313-8
- ii. Ley 136 de 1994: artículo 170
- iii. Ley 1437 de 2011: artículo 137
- iv. Decreto 2485 de 2014
- v. Decreto 1083 de 2015
- vi. Resolución 055 de 2019 del Concejo de Maicao
- vii. Sentencia C-105 de 2013
- viii. Sentencia de primero de diciembre de 2016, expediente 68001-23-33-000-2016-00131-02 de la Sección Quinta del Consejo de Estado

Mencionó como normas violadas los artículos 137 y 139 del CPACA, por la forma irregular en que los concejales estructuraron las preguntas de la entrevista, desconociendo su carácter subjetivo para valorar la perspectiva personal e intangible de cada participante y *“posteriormente otorgando puntuaciones orquestadas en su mayoría inferiores a cincuenta (50) puntos sobre cien (100) posibles, siendo valoraciones caprichosas, arbitrarias y desproporcionadas que no reflejan la participación real del suscrito en las respuestas dadas a los interrogantes. Tal como se puede evidenciar, de haber obtenido por lo menos una calificación de cincuenta (50) puntos sobre todas las calificaciones denigrantes obtenidas, hubiese emanado un puntaje razonable que hoy me permitiría ser elegido como personero Municipal de Maicao”*.





2. Actuaciones procesales relevantes

2.1. Admisión de la demanda

El 14 de julio de 2020, el magistrado ponente del Tribunal Administrativo de La Guajira, inadmitió la demanda para que el demandante integrara la demanda y sus anexos en un solo archivo digital y, además, lo enviara a los correos electrónicos que oficialmente correspondan a los demandados.

Dentro de la oportunidad legal, la parte actora presentó escrito de subsanación, por lo que, mediante auto de 31 de julio de 2020, se admitió la demanda por cumplir las exigencias formales ordenadas en la ley procesal y se ordenó notificar personalmente a la demandada, al presidente del Concejo Municipal de Maicao, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Asimismo, se negó la suspensión provisional de acto acusado.

2.2. Contestaciones de la demanda

2.2.1. La demandada

El apoderado judicial de la elegida se opuso a las pretensiones de la demanda por considerar que el procedimiento adelantado por el Concejo de Maicao se adelantó de manera diáfana y transparente y a los aspirantes se les brindaron todas las garantías.

Luego de transcribir apartes de la sentencia C-105 de 2013, sostuvo que *“la pretensión básica de la presente demanda está sujeta a una supuesta imparcialidad del consejo (sic) municipal de Maicao La Guajira en la elección del personero; pero es el mismo demandante quien manifiesta la dificultad en responder las preguntas en la entrevista, lo que nos lleva a pensar que su preparación no fue acorde”*.

Propuso la excepción de inepta demanda i) por falta de requisitos formales, dada la falta de invocación normativa y de desarrollo del concepto de la violación y ii) por indebida acumulación de pretensiones -no explicó por qué-.

Asimismo planteó que el Acta 025 de 24 de febrero de 2020 correspondiente a la sesión en la que se llevó a cabo la elección demandada, fue publicada ese mismo día, por lo que *“se debe declarar la prescripción de inicio de esta acción que sobrepasa (sic) los tiempos establecidos por la ley para ejercer este derecho; ya que contados los días desde el 25 de febrero de 2020 hasta la fecha de presentación de la demanda esto quiere decir al día 8 de julio de 2020, han transcurridos (sic) mas (sic) de 30 días, por ello se debe declarar la prescripción solicitada”*.

2.2.2. Concejo Municipal de Maicao

El presidente de la corporación pública municipal indicó que en la Resolución 055 de 2019 se establecieron las reglas del concurso para la elección del personero, las cuales fueron aceptadas por los participantes.



En dicho acto se indicaron los parámetros para la entrevista cuyo propósito era analizar y valorar los conocimientos, habilidades y actitudes relacionadas con el cargo de personero, así como la coincidencia de los principios y valores, las habilidades frente a la misión y la visión organizacional, el compromiso institucional y laboral, trabajo en equipo, relaciones interpersonales, *“si es adecuado o idóneo, y si puede, sabe y quiere ocupar el empleo en atención a las condiciones socioeconómicas del Municipio.”*

Agregó que, en aras de brindar transparencia a esta prueba final, se dispuso que las preguntas serían propuestas por los concejales y aprobadas en plenaria, con lo cual se evitarían filtraciones o favoritismos.

Aseguró que el Concejo de Maicao actuó en apego a los criterios establecidos para la elección del personero, no hubo preguntas diferenciales, se respetó el debido proceso, al accionante se le rindieron las explicaciones del caso y en forma detallada sobre porqué su entrevista no fue satisfactoria y se permitió el ingreso de veedores.

Sostuvo que la elección de la actual personera no obedeció en forma exclusiva a la entrevista final pues se respetó el peso porcentual de cada prueba. Si bien el puntaje inicial obtenido por el demandante le dio una ventaja sobre los demás participantes, esta no era suficiente para declararse ganador del concurso, en especial por cuanto en las demás pruebas no obtuvo calificaciones satisfactorias lo que permitió que al final del proceso, cada candidato tuviera posibilidades de ser electo, *“por lo cual no puede pretender que se declare la nulidad de una elección por una simple concepción caprichosa sobre lo que a su punto de vista debió preguntársele o calificarle”*.

Como excepción de mérito propuso la de *“inexistencia de normas violadas”* para lo cual trajo a colación la sentencia de 23 de marzo de 2017, expediente 2016-00219 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la que se indicó que, para que la irregularidad en el trámite tenga la virtualidad de viciar el acto de elección, es necesario que se pruebe la anormalidad y, además, que esta afecta en forma directa el sentido de la decisión, en el caso de la elección de los personeros, se debe demostrar que la irregularidad tiene la potencialidad de modificar el resultado del concurso y por tanto, la lista de legibles.

2.3. Excepciones previas

Mediante auto de 25 de septiembre de 2020 y en atención a lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 806 de 2020, el Tribunal Administrativo de La Guajira declaró no probadas las excepciones de ineptitud sustantiva de la demanda y caducidad (que fue propuesta como prescripción).

Contra dicha decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación.

Por auto de 2 de diciembre de 2020, la magistrada ponente del Tribunal resolvió (i) rechazar por improcedente el recurso de reposición por cuanto *“la providencia que resuelve sobre las excepciones previas dentro de un medio de control de primera instancia es susceptible del recurso de apelación acorde a lo dispuesto en el Decreto 806 de 2020 en concordancia con el artículo 180 numeral 6 del CPACA, luego entonces, en virtud de lo establecido en el artículo 242 del CPACA, el recurso de reposición contra dicha decisión no es procedente”* y (ii) rechazar por extemporáneo el recurso de apelación dado que el auto recurrido fue notificado el 29 de octubre de 2020, por lo que debía sustentarlo dentro de los 3 días siguientes (30 septiembre, 1 y 2 de octubre), pero el escrito contentivo de la alzada se envió al correo electrónico de la secretaría el 5 de octubre de 2020.

2.4. Decreto de pruebas y el traslado para alegar

Por auto de 22 de enero de 2021, la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de La Guajira resolvió:

- i. Prescindir de la audiencia inicial.
- ii. Fijar el litigio en los siguientes términos: *“¿El acto administrativo contenido en el acta de sesión ordinaria No. 025 del veinticuatro (24) de febrero del año dos mil veinte (2020) por medio de la cual el concejo municipal de Maicao eligió a Mayerlis Pérez como personera para el periodo 2020 al 2024, es nulo por expedición irregular, o si por el contrario se encuentra ajustado a derecho?”*
- iii. Decretar e incorporar las pruebas documentales presentadas oportunamente por la parte actora con la demanda; por la demandada con el escrito de contestación y por el Concejo de Maicao con la contestación.
- iv. Negar por innecesaria, la prueba testimonial solicitada por la parte actora.
- v. Ejecutoriadas las anteriores decisiones, correr traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión e informar al Ministerio Público para que, si a bien lo tiene, rinda concepto.

2.5. Alegatos de conclusión y concepto del Ministerio Público en primera instancia

2.5.1. El apoderado judicial de la demandada solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda con fundamento en los siguientes puntos:

(i) El acto demandado está ajustado a derecho, está libre de vicios y goza de plena validez jurídica:

Dijo que el acto de elección de Mayerlis Pérez Granados se produjo luego del desarrollo de un concurso de méritos por etapas, cuyas bases se fijaron en la Resolución 055 de 2019 proferida por la Mesa Directiva del Concejo de Maicao, en el cual, después de la sumatoria de los puntajes obtenidos en sus diversas etapas, ella obtuvo el mayor puntaje para su elección.

Adujo que, contrario a lo afirmado por el demandante, no existe evidencia de expedición irregular del acto.

(ii) El Concejo de Maicao tenía competencia y margen discrecional para la formulación de preguntas al entrevistado, así como para calificarlas:

Indicó que con fundamento en la Ley 1551 de 2012, el Decreto 1083 de 2015 y la sentencia C-105 de 2013, se expidió la Resolución 055 de 2019 en la que se fijaron los parámetros del concurso dentro de los márgenes de discrecionalidad que le permiten diseñar las reglas para desarrollar el componente subjetivo del concurso, lo que se hizo en el artículo 58.

Manifestó que, según el demandante, la corporación carecía de competencia para otorgar puntajes negativos y que las preguntas eran capciosas, caprichosas e irregulares, orientadas para favorecer a un concursante en particular, lo cual resultó ser una simple queja sin sustento probatorio.

Sobre la primera pregunta que según el actor estaba destinada a favorecer a la elegida que era la única con especialización en contratación estatal, pero no aportó pruebas de su dicho. En cuanto a la tercera pregunta, no es cierto que haya sido capciosa porque la norma existe y debía ser de su pleno conocimiento que el cargo al cual aspiraba carecía de competencia en materia de responsabilidad fiscal.

Enfatizó en que según la sentencia C-105 de 2013, los concejos tienen discrecionalidad para diseñar las preguntas de una entrevista, fijar la forma de calificarlas o valorar las respuestas de los concursantes. De esa providencia no se advierte la obligación para la entidad ciertos puntajes, lo cual es ilógico, *“pues carece de sentido realizar una entrevista como criterio de valoración en un concurso de méritos si previamente se está obligado a conceder un puntaje”*.

Agregó que el Decreto 1083 de 2015, artículos 2.2.27.1 y siguientes, no establecen lo que manifestó el demandante sobre calificaciones subjetivas, pues solo señala que tendrá un valor no superior al 10% del puntaje final.

Destacó que todos los participantes conocían las reglas para la entrevista desde la convocatoria y sabían de la facultad de la corporación para definir las preguntas y, si el actor tenía reparos al respecto, debió plantearlos en la etapa correspondiente, pero no lo hizo, pues solo presentó una queja cuando el resultado del componente luego de que el resultado no le favoreció, *“hecho revelador del verdadero objeto de su demanda, una queja caprichosa y desdeñosa que refleja su inmadurez para aceptar un resultado, pues más allá de sofismas o frases sueltas, no aporta ninguna evidencia demostrativa de alguna irregularidad”*.

(iii) No se configuran los presupuestos de la causal de expedición irregular del acto:

Señaló que se materializa esa causal cuando no se respetan los procedimientos establecidos o no se respeta el derecho de defensa de los participantes en la expedición del acto o cuando se extralimita en sus competencias al momento de expedirlo.



Resaltó que, contrario a lo dicho por la parte actora, la entrevista realizada el 12 de febrero de 2020 cumplió con los presupuestos en el artículo 58 de la Resolución 055 de 2019. Prueba de ello es que el demandante pudo ejercer los recursos consagrados en el artículo 61 y obtuvo un resultado favorable a sus pretensiones, pero carecieron de fuerza para invertir los puntajes finales del concurso.

Precisó que las etapas para la realización de la entrevista, según el referido artículo 58 eran:

- i. La plenaria del concejo elaborará 4 preguntas y se las entregará a la mesa directiva.
- ii. La mesa directiva formulará las 4 preguntas a cada uno de los candidatos en plenaria del concejo. No se requiere que el concejo esté en periodo de sesiones pues podrá hacerse una sesión formal debidamente convocada.
- iii. Cada concejal asistente en la entrevista tendrá un formato de calificación que tendrá el grado de satisfacción de las respuestas a las preguntas.
- iv. Terminada la entrevista a todos los candidatos, estos se retirarán del recinto y los concejales entregarán las hojas de respuesta a la mesa directiva y ésta, con el grupo asesor, realizará la suma aritmética de la puntuación obtenida y la ponderación por el número de concejales de la comisión accidental con votos válidos sobre el promedio obtenido por cada participante y el porcentaje total de la prueba.

Aseguró que del material probatorio se observa el cumplimiento de las reglas fijadas y que la calificación obtenida por el demandante no refleje su deseo, carece de mérito para invalidar la actuación. Tampoco se advierte el favorecimiento a un candidato particular, porque las preguntas fueron las mismas para todos. No hubo vulneración del derecho de contradicción pues el demandante pudo ejercer el recurso contemplado en el artículo 61 de la Resolución 055 de 2019 y la mesa directiva, en forma amplia expuso las razones que motivaron su calificación.

(iv) Durante el debate procesal no han surgido argumentos que conlleven a una conclusión distinta de la expuesta en auto de 31 de julio de 2020:

En dicha providencia el Tribunal negó la medida cautelar luego del análisis de la causal de nulidad invocada con base en los elementos de juicios aportados con la demanda, *“para decantarse sosteniendo la legalidad de la entrevista aplicada a ANTHONY DI MAURO BARROS, al ser ajustada a las reglas y parámetros que rigen estos procesos concursales, como a las reglas fijadas en la resolución 055 de 2019 expedida por el Concejo Municipal”*.

Añadió que hasta ese momento no se han presentado elementos que permitan una conclusión diferente, pues el concejo aportó copia de los documentos que ya reposaban en el expediente, el actor no reformó la demanda en búsqueda de nuevas pruebas, por lo que no es posible valorar de forma distinta la entrevista realizada al actor ni anular el acto de elección.



2.5.2. El demandante mencionó que, si bien el Decreto 1083 de 2015 no establece el contenido de la entrevista, *“deja unos pilares para su estructuración”* y, además *“existen pronunciamientos que definen el poco peso que debe tener en el concurso, coadyubando (sic) en la fijación de la trayectoria para la pertinencia o conducencia de los cuestionamientos a realizarse dentro de dicha prueba”*.

Destacó apartes de la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional y del concepto marco 06 de 20 de diciembre de 2016 del DAFP, en los que se indicó que *“la oposición y el mérito deben tener el mayor peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección”*.

Afirmó que 3 de las 4 preguntas realizadas por el concejo, no permiten evidenciar si los candidatos tenían la capacidad, idoneidad y adecuación para desempeñar con efectividad las funciones del empleado, lo que explicó así:

Primera pregunta: *“En el ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales de las personerías municipales a la vigilancia del cumplimiento de la constitución, las leyes, ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos, ¿Cuáles son los presupuestos para la debida ejecución del contrato estatal?”*.

Al respecto, el demandante manifestó que el requisito para ser personero de Maicao es ser abogado, *“lo cual se traduce no en conocer taxativamente todo el enjambre normativo o ser especialista en el contenido de una norma específica, sino en tener la capacidad de interpretar la norma y aplicarla adecuadamente bajo los preceptos adjetivos o procesales en cada materia... si bien se requiere tener conocimiento de los aspectos objeto de vigilancia del cargo de Personero Municipal, que eventualmente podrían recaer sobre un contrato estatal, no es menos cierto que en dicha situación se deberá comprobar la norma para realizar el estudio conducente a determinar posibles falencias, por lo cual no se puede considerar que esta pregunta sea de esencial conocimiento del Personero Municipal de Maicao y que por ende ayude a medir la capacidad, idoneidad y adecuación para desempeñar con efectividad las funciones del empleado. Así mismo, llama la atención que esta pregunta sospechosamente es favorable a la doctora MAYERLIS PÉREZ, quien de todos los aspirantes es la única especialista en contratación estatal, aun así, como bien podrá apreciar el despacho al escuchar el audio de la entrevista, no conteste en forma errada o equívoca”*.

Segunda pregunta: *“¿Qué estrategias propone para hacer efectiva la aplicación del documento CONPES 3950 que comprende las estrategias para la atención de la población venezolana?”*.

Sostuvo que las personerías no participan en el CONPES y el documento referido contiene las estrategias para la planeación de la migración desde Venezuela que dependen de la articulación de instituciones de orden nacional las cuales deben fortalecer los entes territoriales para la consecución de los objetivos a mediano plazo, por lo que sería deber de las personerías *“vigilar que una vez los entes de orden nacional hagan los respectivos fortalecimientos, estos recursos se utilicen para el fin específico indicado, lo cual no es una labor única o específica para el caso de las estrategias del CONPES 3950, sino que es así para cualquier otro recurso que se ponga*

a disposición de los entes que desarrollan su gestión en los límites territoriales donde la Personería tenga campo de acción”.

A juicio del actor, esta pregunta no es *“de esencial conocimiento del Personero Municipal de Maicao y que por ende ayude a medir la capacidad, idoneidad y adecuación para desempeñar con efectividad las funciones del empleado”.*

Tercera pregunta: *“¿Cuáles son las modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal que maneja la personería? Artículo 106 de la Ley 1474 del 2011”.*

Alegó que la pregunta fue capciosa porque es claro que el proceso de responsabilidad fiscal cuestionado no existe y, por ende, hace incurrir en error al preguntado por lo que *“no conteste la pregunta e hice una observación sobre la misma, sin embargo, causa gran curiosidad que la única persona según el concejo que la contesto (sic) de forma acertada fuese la doctora MAYERLIS PÉREZ.”*

De otra parte, el demandante sostuvo que se debe considerar si existió alguna antipatía hacia él por parte de los concejales por la respuesta que le dieron a la reclamación que presentó, de la cual transcribió los siguientes apartes:

“(...) El aspirante se mostró inicialmente seguro, pero al escuchar las preguntas la seguridad de sus respuestas se fue diluyendo, no se tomó el tiempo necesario para analizar las mismas y poder responder de forma adecuada o coincidente, no demostró tener ideado las estrategias con las cuales llevara a cabo la labor del personero municipal de Maicao.

Denotó apatía frente a las preguntas realizadas, al final de su intervención cuestionó el criterio del concejo municipal para realizar la entrevista lo que denota falta humildad y sencillez, valores que debe poseer un buen personero municipal.

Su actitud se tornó desafiante y restó importancia a tres aspectos vitales, como son conocimientos, determinación de estrategias frente a problemáticas del municipio, claridad respecto a las funciones que ejerce el personero municipal.

El personero es el principal defensor de los derechos de los ciudadanos por lo cual no solo debe ser una persona con amplio grado de conocimientos si no de gran sentido de humanidad, el aspirante desde un principio mostro su apatía frente a la corporación, insinuó que la entrevista no sería objetiva ni acorde a los lineamientos de la resolución, por lo cual pidió que se dejara ingresar a los medios de prensa y miembros del colegio de abogados a los cuales hizo extensiva su invitación a fin de que fueran veedores de la transparencia con que se desarrollaría el proceso, aun conociendo que la misma resolución 055 de 2019 estableció que todas las pruebas tenían carácter de reserva, desde el inicio de su intervención se mostró apático o molesto porque las preguntas no eran acordes a lo que según su propio criterio debían dar a conocer. (...)

Señaló que solicitar el espacio para hacer una observación frente a la entrevista no es un acto de falta de humildad y sencillez, pues el concejo, como representante de distintas posturas debería valorar que alguien sea capaz de defender su postura de forma respetuosa.

Por último, cuestionó el otorgamiento de puntajes por parte del concejo pues solo le asignaron 38.24 puntos de 100 posibles, mientras que quien ocupó el primer lugar obtuvo 88.8, por lo que, en su criterio, la calificación fue desproporcional que puede obedecer a un actuar caprichoso y concertado en forma previa.

Insistió en que para la demandada sí primó el principio de calificación subjetiva que indica que en una entrevista no existen respuestas acertadas o desacertadas.

Agregó que luego de la reclamación, la calificación modificada fue irrisoria y “[e]n este punto es donde la anomalía en la formación del acto es sustancial, trascendental y con incidencia directa en el sentido del acto definitivo, pues la irregularidad en el trámite tuvo la potencialidad de modificar el resultado del concurso y por tanto de la lista de elegibles. Hasta antes de la entrevista el suscrito ocupaba el primer puesto con un promedio de 55.26 puntos porcentuales sobre los 52.78 de la doctora MAYERLIS PÉREZ, pero luego de la orquestada designación de puntajes, donde catorce (14) de los diecisiete (17) concejales decidieron calificarme de forma deficiente e insuficiente otorgándome 4.41 puntos porcentuales y en contra puesta calificar a la hoy personera con 8,89 puntos porcentuales, con lo cual quede convenientemente por debajo de dos (2) puntos porcentuales en el consolidado final de la doctora MAYERLIS PÉREZ, ella con 61,67 y el suscrito con 59,67. Debe notar el tribunal que solo obtuve 3 calificaciones positivas y el resto se hicieron de forma despectiva y discriminatoria a fin de favorecer a la persona que ocupaba el segundo lugar en el proceso y fue elegida de manera particular por la corporación, persona a quien se le califico de forma incomparable y que la única calificación negativa que obtuve fue de cincuenta (50) puntos, frente a las calificaciones de veinticinco (25) puntos que obtuvimos los demás participantes”.

2.5.3. El Procurador 154 judicial II para asuntos administrativos rindió concepto extemporáneamente¹.

3. La sentencia apelada

En sentencia de 2 de marzo de 2021, el Tribunal Administrativo de La Guajira resolvió negar las pretensiones de la demanda, por considerar que no se configuró la causal de nulidad de expedición irregular del acto acusado y, por el contrario, está ajustado a derecho y conserva su presunción de legalidad.

Reseñó el material probatorio recaudado:

- Resolución 055 de 18 de noviembre de 2019, por medio de la cual se establecieron las reglas bajo las cuales se desarrollarían las etapas del concurso para proveer el cargo de personero de Maicao.
- Audio de la entrevista realizada el 12 de febrero de 2020 al demandante.
- Resultado de la prueba de entrevista.
- Reclamación formulada por el actor frente a la calificación de la entrevista.
- Respuesta de la mesa directiva del concejo de Maicao.
- Resultados definitivos de la entrevista.
- Consolidado final del concurso para la elección del personero de Maicao

¹ El traslado para alegar se surtió entre el 26 de enero y el 8 de febrero de 2021 y el concepto se radicó el 24 de febrero del mismo año.



2020-2024 y determinación de la lista de elegibles.

- Acta 025 en la que consta la elección de Mayerlis Pérez como personera de Maicao.
- Certificado de publicación en la página web del concejo de Maicao del Acta 025 de 24 de febrero de 2020.

Puso de presente que, según la parte actora, el acto demandado fue expedido en forma irregular porque en la etapa de entrevista no primó la meritocracia y hubo arbitrariedades que hacen procedente la declaratoria de nulidad, las cuales fueron precisadas en la etapa de alegatos: la inconducencia e impertinencia de los cuestionamientos realizados en la entrevista; la posible antipatía de la mayoría de los miembros del cabildo con el demandante; y la calificación otorgada fue desproporcional y refleja que en su mayoría obedeció a puntajes negativos que pueden corresponder a un actuar caprichoso y concertado en forma previa.

Seguidamente, el Tribunal mencionó que el proceso de selección de los personeros que le corresponde adelantar a los concejos municipales o distritales, según lo dispuesto en la Ley 1551 de 2021, la sentencia C-105 de 2003 y en el Decreto 2485 de 2015 compilado en el Decreto 1083 de 2015.

En cuanto a la etapa de entrevista, trajo a colación el artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015 y precisó que dicha norma solo permite establecer que es una de las pruebas que obligatoriamente se debe realizar en el concurso público de méritos cuyo valor no puede ser superior al 10% sobre el total, pero no detalla la forma en que debe ser desarrollada.

En ese orden, la jurisprudencia ha dado criterios orientadores y, al efecto, transcribió apartes de (i) la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional; (ii) el concepto de 3 de agosto de 2015, expediente 11001030600020150012500, de la Sala de Consulta y Servicio Civil; y (iii) el fallo de 8 de febrero de 2018, expediente 630012333000201700201201 de la Sección Quinta.

Para el Tribunal, de dichas providencias, se advierte que el carácter subjetivo de la entrevista corresponde únicamente a su valoración por parte de los concejales mas no a las preguntas realizadas pues estas deben atender a la finalidad del Decreto 2485 de 2014, esto es, el de apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.

Destacó los artículos 5 -estructura del proceso-, 35 -pruebas por aplicar- y 58 -prueba de entrevista- de la Resolución 055 de 2019 mediante la cual el concejo de Maicao fijó las reglas bajo las cuales se desarrollarían las etapas del concurso para la elección del personero.

Luego mencionó que, acorde con las anteriores disposiciones, el 12 de febrero de 2020, el concejo realizó la entrevista a los aspirantes e indicó cuáles fueron los resultados de la entrevista y refirió que, inconforme con ellos, el demandante presentó reclamación, la cual fue resuelta por la mesa directiva del concejo de





Maicao en el sentido de atender todas las peticiones efectuadas y ajustó la puntuación por considerar que algunas de las calificaciones dadas por miembros del jurado fueron demasiado estrictas y por debajo de la puntuación que debe obtener un participante por el solo hecho de presentarse a la entrevista.

Añadió que el 19 de febrero de 2020, el concejo expidió el consolidado final del concurso y determinó la lista de elegibles.

Anotó que el 24 de febrero de 2020, en sesión ordinaria y por Acta 025, el concejo eligió a Mayerlis Pérez como personera de Maicao 2020-2024. Dicha acta fue publicada en la misma fecha, en la página web de dicha corporación pública.

Consideró el Tribunal que, de la valoración crítica de las pruebas, la tesis de la parte demandante no tiene vocación de prosperidad, porque aun cuando se *“entiende la inconformidad del demandante en su condición de participante... al no obtener un mayor puntaje en la calificación, lo cierto es, que las irregularidades a las que apela el actor para sustentar el cargo de nulidad consistente en expedición irregular del acto demandado no fueron acreditados en grado de certeza, pues las mismas sólo quedaron en el plano de afirmaciones sin ningún soporte probatorio que permitiera sacar adelante la pretensión de nulidad”*.

En cuanto al reproche del actor consistente en que el cuestionario de la entrevista fue inconducente e impertinente, el *a quo* nuevamente refirió los artículos de la Resolución 055 de 2019 y resaltó que el artículo 58 es acorde con la finalidad del Decreto 2485 de 2014 compilado en el Decreto 1083 de 2015.

Asimismo, se dejó sentado en la convocatoria los parámetros bajo los cuales se debía desarrollar la fase de la entrevista, entre ellos, que serían 4 preguntas.

Por tanto, los aspirantes tenían conocimiento de las reglas bajo las cuales se adelantaría el concurso de méritos, pues en la convocatoria se estipularon las condiciones generales aplicables a todos ellos, lo garantiza el principio de igualdad.

A continuación, transcribió las respuestas dadas por el demandante en la entrevista e indicó que una vez culminó, la mesa directiva se reunió con la empresa asesora con la finalidad de realizar la respectiva ponderación de los resultados y adecuación del peso porcentual de su valor, con lo se obtuvieron los siguientes resultados: Mayerlis Pérez, un promedio de 88.88 equivalente al 8.89%; el demandante, 38.24 que corresponde al 3.82% y Juan Gutiérrez, 37.88 es decir, el 3.79%.

Dada la inconformidad del actor presentó reclamación, por lo que una vez resuelta, el concejo expidió el resultado definitivo de la entrevista así: Mayerlis Pérez, un promedio de 88.88 equivalente al 8.89%; el demandante, 44.12 que corresponde al 4.41% y Juan Gutiérrez, 42.00 es decir, el 4.20%.



En ese orden, a juicio del Tribunal, la fase de entrevista está dentro de los parámetros establecidos por el artículo 2.2.27.2 literal c) del Decreto 1083 de 2015 y en consonancia con las reglas indicadas por la corporación en el artículo 58 de la Resolución 055 de 2019 previamente publicadas y de conocimiento de los concursantes, *“por tanto, queda desvirtuada la teoría del caso del actor, al señalar que las preguntas eran inconducentes e impertinentes, pues de su valoración se observa por una parte que estas correspondieron a conocimientos, habilidades y actitudes especificadas relacionadas con el cargo de Personero Municipal y por otra, que la entrevista a pesar de corresponder a una fase subjetiva y por tanto, la evaluación está sujeta a la discrecionalidad de los evaluadores, no se encuentra que esta haya sido arbitraria ni desproporcionada, además el cuestionario realizado atiende la finalidad tanto del decreto como de la resolución en mención y fue aplicada en igualdad de condiciones a los participantes que superaron el componente objetivo”*.

Resaltó que, según la jurisprudencia del Consejo de Estado, la elección de los personeros tiene un componente objetivo y otro subjetivo frente a los cuales, si bien es cierto el primero tiene mayor peso que el segundo, ambos demandan preparación por parte de los participantes con el fin de obtener los mayores puntajes para acceder al primer lugar de la lista de elegibles. Sin embargo, de las 4 preguntas formuladas al actor, solo contestó 3, *“lo que claramente, implica que su puntuación no fuere superior, amén de los supuestos fácticos de la demanda se desprende que al parecer la elegida como personera respondió el total de las preguntas formuladas por el concejo de Maicao”*.

En cuanto a la pregunta que el actor no respondió, el *a quo* agregó que lejos de ser inconducente e impertinente y que pretendiera inducir en error a los participantes como se sostuvo en la demanda, a través de dicho interrogante los aspirantes podían demostrar al entrevistador los conocimientos básicos del cargo, *“y más de quien venía de ejercer dicho cargo en calidad de delegado según lo afirmado por el actor en su entrevista, atendiendo que el interrogante correspondía sobre atributos y/o competencia de las personerías”*.

Concluyó que no se advierte la expedición irregular del acto en la formulación de las preguntas que fueron las mismas para todos los concursantes, ni que se haya favorecido a alguno de ellos.

De otra parte, en cuanto a la afirmación del actor de la existencia de una posible antipatía hacia él, el Tribunal señaló que está sustentada en una mera presunción dado que no obra en el expediente prueba alguna que permita inferirla ni tampoco sobre la incidencia en la calificación de la entrevista.

Manifestó que, analizado el audio de la entrevista, se escucha un trato digno hacia el participante y, además, una vez el actor presentó la reclamación frente a la puntuación de dicha prueba, la misma fue puesta en conocimiento de los cabildantes y finalmente, la mesa directiva emitió respuesta en el sentido de reconsiderar la decisión y ajustar la calificación.

A juicio del *a quo*, dicha circunstancia, contrario a lo dicho por el demandante, permite advertir el respeto por el debido proceso y el derecho de contradicción que



le asistía a los participantes bajo las disposiciones del Decreto 1083 de 2015 y la Resolución 055 de 2019.

Adujo que “encuentra el Tribunal una total orfandad probatoria del expediente tendiente a demostrar la existencia de un trato discriminatorio frente al actor y de favorabilidad frente a la actual personera, pues no fue aportada ni solicitada la prueba de entrevista practicada a los demás concursantes, que entregará (sic) al administrador de justicia bases para dilucidar en grado de certeza dicha afirmación”.

Por último, en cuanto al reproche del actor según el cual la calificación fue totalmente desproporcionada y obedece a puntajes negativos por un actuar caprichoso y concertado previamente, el juez de primera instancia trajo a colación la respuesta emitida por el concejo a la reclamación que presentó el demandante y resaltó que el concejo es el competente para determinar el porcentaje y los parámetros de la entrevista.

Por tanto, acorde con lo dispuesto en el artículo 2.2.27.2 literal c del Decreto 1083 de 2015, en concordancia con el artículo 35 de la Resolución 055 de 2019, la entrevista era clasificatoria, con un peso porcentual de 10, tenía un puntaje máximo de 100 y no aplicaba puntaje mínimo, es decir, el rango estaba entre 0 y 100.

Agregó que, dado que la evaluación de la entrevista es subjetiva, cada entrevistador puede tener un criterio diferente frente a cuál candidato tiene las mejores capacidades para desempeñar el cargo de personero, como acaeció en el presente asunto, en el que se observa que la calificación asignada por cada concejal al demandante está dentro de los rangos de puntuación y debidamente razonada, lo que descarta un actuar caprichoso y concertado en forma previa. Por el contrario, se nota un estricto cumplimiento a los parámetros estipulados con antelación en el artículo 58 de la Resolución 055 de 2019.

Aseguró que la entrevista realizada al señor Barros Barros no es contraria a las reglas y parámetros que rigen el proceso concursal para la elección del personero de Maicao ni al ordenamiento jurídico, por lo que se deben negar las pretensiones de la demanda porque no se demostró que el acto acusado fue expedido de forma irregular.

4. El recurso de apelación

El demandante solicitó que se revoque el fallo de primera instancia para que, en su lugar, se declare la nulidad de la elección de Mayerlis Pérez como personera de Maicao.

Sostuvo que el Tribunal Administrativo de La Guajira no hizo un análisis exhaustivo de las causales esgrimidas para considerar irregular la expedición del acto demandado, las cuales se detallaron en los alegatos de conclusión.

Manifestó que, para desestimar la inconducencia e impertinencia de las preguntas



realizadas en la entrevista, “se requiere de un análisis real del contenido que abarca cada una de las preguntas tachadas como tales, que permitan (sic) concluir que la respuesta es de esencial conocimiento por parte del personero municipal de Maicao, teniendo en cuenta los criterios para optar por el cargo; no basta solo afirmar que las preguntas fueron generadas de acuerdo al marco legal que regula el concurso en cuestión y más específicamente la etapa de entrevista. En (sic) el fin de la pregunta lo realmente importante para determinar la irregularidad”.

Añadió el actor que el pronunciamiento sobre la desproporción en el otorgamiento de puntajes fue superficial pues el Tribunal pudo hacer el ejercicio de ponderar las respuestas suyas y verificar si eran acertadas o incorrectas e incluso, bajo la potestad consagrada en el artículo 213 del CPACA, solicitar de oficio las grabaciones de las otras entrevistas para comparar las respuestas y así determinar si los conceptos expresados por la señora Mayerlis Pérez superaron los de los otros participantes.

Por último, indicó que es cierto que es competencia exclusiva de los concejales la elaboración y calificación de las preguntas, pero también lo es que dicha potestad tiene como límites la finalidad de lo que se busca conocer con los cuestionamientos y la razonabilidad al momento de calificar las respuestas.

5. Alegatos de conclusión de segunda instancia

Solo intervino la parte demandada para reiterar los argumentos expuestos en la etapa de alegaciones de primera instancia y solicitó que se confirme la sentencia mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

6. Concepto del Ministerio Público

El Procurador tercero delegado ante el Consejo de Estado² solicitó que revoque el fallo de primera instancia y, en su lugar, se acceda a las súplicas de la demanda.

Frente al primer punto de la apelación, esto es, la ausencia de análisis real del contenido de las preguntas que permitiesen concluir que las respuestas eran de esencial conocimiento por parte del personero municipal, el agente del Ministerio Público consideró que no le asiste razón al recurrente dado que su afirmación constituye una mera percepción y, además, los 4 interrogantes de la entrevista sí eran de esencial conocimiento por parte del personero municipal.

Indicó que el segundo reproche de la alzada consiste en que el pronunciamiento realizado en el fallo respecto a la desproporción en el otorgamiento de puntaje fue superficial, pues i) el Tribunal pudo hacer el ejercicio de ponderar las respuesta del demandante y verificar si éstas eran aceptadas o incorrectas o incluso bajo la potestad del artículo 213 del CPACA, solicitar de oficio las grabaciones de las otras 2 entrevistas para comparar las respuestas y así determinar si los conceptos expresados por elegida superaban lo expresado por los otros participantes; y ii) si bien es cierto, es competencia exclusiva de los concejos la elaboración y

² Quien actúa en el presente proceso en virtud de la Agencia Especial 010 de 8 de julio de 2021 conferida por la Procuradora General de la Nación.



calificación de las preguntas dicha potestad tiene como límites la finalidad de los cuestionamientos y la razonabilidad al momento de calificar las respuestas.

Para el procurador delegado, no le asiste razón al recurrente *“puesto que tal ponderación no le correspondía al a quo, dado que el competente para determinar la corrección o no de las respuestas era del ámbito exclusivo del concejo municipal, mas no de la judicatura, siendo una esfera muy sensible y si se quiere, subjetiva, de cada uno de los entrevistadores.”*

Dijo que según los artículos 167 del CGP y 306 del CPACA, al demandante le incumbía probar los supuestos de hecho, pero no lo hizo, pues omitió pedir que se decretara como prueba los audios de las otras entrevistas.

A continuación, el agente del Ministerio Público afirmó que el Tribunal cometió un error al señalar que el artículo 35 de la resolución de convocatoria dispone que no aplica un puntaje mínimo, es decir que el rango de puntuación estaba comprendido entre 0 y 100, lo cual en estricto sentido no es acertado porque del espíritu de esa disposición no es posible establecer dicha conclusión.

Sostuvo que esa inexactitud no es insustancial pues con base en ella, el Tribunal descartó el actuar caprichoso del concejo por considerar que la calificación asignada al demandante, por cada uno de sus miembros está dentro de los rangos de evaluación.

En este punto, destacó que en providencia reciente de la Sección Quinta³, se estableció una subregla según la cual no es posible fijar criterios de evaluación de la entrevista, luego de conocidos los resultados de las demás pruebas.

Aseguró que, en el presente caso, el concejo carecía de competencia *ratione temporis* para la fijación de las reglas de la evaluación de la entrevista puesto que estas debieron ser establecidas con anterioridad al conocimiento del resultado de las demás pruebas.

Puso de presente que, en la respuesta a la reclamación presentada por el actor, se señaló que, si bien el objetivo de la entrevista no era evaluar conocimientos específicos, sí era parte integral de la prueba porque el aspirante debía ratificar los resultados obtenidos en el examen de conocimientos y demostrar, además, sus habilidades y actitudes.

En criterio del agente del Ministerio Público, ese aspecto que no fue objeto de la apelación, conculca el debido proceso en la medida en que la naturaleza jurídica de la entrevista no puede ser la ratificación de los resultados de la prueba de conocimientos y, si ello fuese así, debió ponerse en conocimiento de los interesados con antelación.

Resaltó que, en la respuesta referida, se reconoció la actitud discriminatoria por parte de algunos concejales e hizo énfasis en que la calificación dada al

³ Sentencia de 10 de junio de 2020, expediente: 76001-23-33-000-2020-00243-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.



demandante no fue razonable porque le otorgaron puntajes muy bajos que terminaron desconociendo las demás pruebas, en especial la de conocimientos en donde el actor superó a la elegida.

De otra parte, el agente del Ministerio Público aseguró que hubo incidencia de la irregularidad en el resultado si se aplica un criterio objetivo, como sería que la puntuación mínima otorgada por cada concejal fuera de 50 puntos, tomando como base que (i) la entrevista no fue satisfactoria en promedio para los 17 evaluadores y (ii) varios de ellos autónomamente cambiaron su calificación de 20 a 50 puntos por considerar que si bien otorgar 20 puntos era demeritar las cualidades del aspirante, este no logró convencerlos de manera satisfactoria.

Con base en ese criterio, el procurador delegado concluyó que el demandante tendría un consolidado de 61.06 con lo que habría un empate con la personera electa quien obtuvo 61.67.

Finalmente, consideró que el vicio de incompetencia es el más grave de los extravíos que puede afectar la validez de un acto por el carácter de orden público, por lo que es posible su examen aun en forma oficiosa.

Afirmó que hubo falta de competencia temporal por parte del concejo al fijar las reglas de calificación de la entrevista, como lo indicó anteriormente.

Precisó que, si bien por regla general el juez de segunda instancia no tiene competencia para definir aspectos diversos a los planteados por el recurrente, la Sección Tercera en sentencia de unificación⁴, explicó que dicha regla no es absoluta pues hay excepciones que se derivan, por ejemplo, de las normas de carácter imperativo, entre ellas, en los temas que el juez debe decretar de manera oficiosa, como ocurre en este caso con la falta de competencia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de 2 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, de conformidad con lo establecido en los artículos 150⁵ y 152 numeral 8⁶ del CPACA⁷, en armonía con lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 12 de marzo de 2019.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 2012, expediente: 50001-23-31-000-1997-06093-01 (21060), M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ “El Consejo 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 y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación...”.

⁶ “[...] **ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA.** Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: [...] 8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, **personeros**, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes,

2. Problema jurídico

La Sección entrará a resolver si existe mérito para confirmar, modificar o revocar la sentencia de 22 de marzo de 2021, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto de designación de Mayerlis Pérez Granados como personera de municipio de Maicao.

Para resolver las censuras planteadas en el escrito de alzada, por efectos metodológicos, la Sala previamente abordará el estudio de los siguientes *ítems*: i) competencia de los concejos municipales en el proceso de elección de personero y ii) regulación de las etapas del concurso público de méritos para la elección del personero municipal, para luego iii) definir el caso concreto y, finalmente, iv) se referirá a los planteamientos del Ministerio Público.

3. Competencia de los concejos municipales en el proceso de elección de personero

El numeral 8 del artículo 313 de la Constitución Política dispone que compete a los concejos municipales elegir al personero para el periodo que fije la ley. Frente a este mandato normativo, la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan las normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, dispuso en su artículo 170 que dicha elección se llevará a cabo en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres (3) años. Sin embargo, este contenido normativo fue modificado por la Ley 1031 de 2006, que amplió el período de los personeros municipales de tres (3) a cuatro (4) años, a partir del año 2008.

Con la expedición de la Ley 1551 de 2012, “*Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, se modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 al establecer un concurso público de méritos para la elección del personero municipal, el cual estaría en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Esta norma fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, la que fue decidida por la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2013, en la que se declaró la exequibilidad de la expresión “*previo concurso de méritos*” contenida en el inciso primero de la anterior disposición, y a su vez la inexequibilidad del siguiente aparte “*que realizará la Procuraduría General de la Nación*”, contenida en el mismo inciso.

Respecto de la competencia de los concejos municipales para proveer el cargo de personero, la Corte precisó en la referida sentencia lo siguiente:

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. [...]”.

⁷ Según el censo nacional de población y vivienda CNPV -2018 del DANE, Maicao tenía 159.223 habitantes.

“No escapa a la Corte que los concejos pueden enfrentar limitaciones de diversa índole para llevar a cabo la tarea encomendada por el legislador. (...)”

*No obstante, debe tenerse en cuenta que la previsión legislativa en torno al concurso, y las condiciones que de la jurisprudencia constitucional se derivan para el mismo, no implican que estas corporaciones tengan que ejecutar e intervenir directa y materialmente en los concursos y en cada una de sus etapas, sino que **estas entidades tienen la responsabilidad de dirigirlos y conducirlos. Es decir, deben trazar los lineamientos generales del procedimiento, pero pueden entregar su realización parcial a terceras instancias que cuenten con las herramientas humanas y técnicas para este efecto.** Así, por ejemplo, pueden realizar convenios con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para que sean éstos quienes materialicen estas directrices bajo su supervisión, tal como ha ocurrido con los concursos realizados por la ESAP. Podrían, incluso, organizarse pruebas de oposición de manera simultánea para varios municipios de un mismo departamento que se encuentren dentro de la misma categoría, y unificarse los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, y centralizar su evaluación en una única instancia. En este contexto, la Procuraduría General de la Nación podría intervenir en la vigilancia de los concursos, pero no sustituir a los propios concejos”⁸ (Negrillas adicionales).*

En línea con lo anterior, esta Sección ha destacado:

“Así las cosas, la elección del personero dejó de estar al arbitrio, discrecionalidad y liberalidad del concejo municipal o distrital, según el caso, aunque sin afectarse su competencia eleccionaria o de nominación, al establecerse que la designación se haría por medio de un procedimiento objetivo y reglado, orientado en la meritocracia y sin perder la capacidad de dirigir los aspectos tendientes a estructurar el proceso de selección y de elección, dentro de los márgenes legales”⁹.

A su turno, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015, que compiló lo dispuesto en el Decreto 2485 de 2014, el concurso dirigido a la elección de los personeros debe adelantarse bajo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

Por consiguiente, es claro que la ley ha reiterado la atribución constitucional de los concejos municipales y distritales para la nominación de los personeros, incorporando al espectro ampliamente discrecional que inicialmente tuvo esta competencia la exigencia de realizar un proceso de selección donde prevalezcan el mérito y la idoneidad, en consonancia con los principios constitucionales que orientan el acceso a la función pública. Así mismo, no cabe duda de que los concejos tienen a su cargo la responsabilidad de dirigir estos concursos y de trazar sus lineamientos generales, sin perjuicio de contar con la asistencia de terceros especializados en la materia.

4. Regulación de las etapas del proceso de selección para la elección del personero municipal

⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-105 de 6 de marzo de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 29 de abril de 2021, Rad. 05001-23-33-000-2020-00480-01.



Con ocasión de las modificaciones introducidas por la Ley 1551 de 2012, el presidente de la República reglamentó mediante el Decreto 2485 de 2014 los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales, disposición que fue compilada en el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Recientemente, la Sala¹⁰ señaló que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 trazó un nuevo modelo electoral, que introdujo el concurso público como el elemento central de su escogencia y garantía de independencia en el cumplimiento de los altos fines misionales del cargo; por tanto, la provisión de estos empleos dejó de estar al libre arbitrio de los concejos municipales para ajustarse al principio de la meritocracia, como elemento estructural y definitorio de nuestro ordenamiento superior, en el marco de un procedimiento abierto, objetivo y reglado, aunque reservando en estos el poder de nominación y la facultad de configurar, en el marco general de la Constitución, la ley y el reglamento, las especificidades del procedimiento electoral para conciliar las exigencias de transparencia, igualdad e imparcialidad en el acceso a la función pública con las consideraciones de conveniencia, necesidad y representación propias de la actividad política con su vocación participativa, deliberativa y pluralista.

El Decreto 2485 de 2014, en su artículo 2.2.27.1, previó que el personero municipal o distrital será elegido de la lista que resulte del proceso de selección público y abierto adelantado por el concejo municipal o distrital y en su artículo 2.2.27.2, dispuso las etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros, así:

a) Convocatoria. La convocatoria, deberá ser suscrita por la Mesa Directiva del Concejo Municipal o Distrital, previa autorización de la Plenaria de la corporación. La convocatoria es norma reguladora de todo el concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para su realización y a los participantes. Contendrá el reglamento del concurso, las etapas que deben surtir y el procedimiento administrativo orientado a garantizar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad en el proceso de elección.

La convocatoria deberá contener, por lo menos, la siguiente información: fecha de fijación; denominación, código y grado; salario; lugar de trabajo; lugar, fecha y hora de inscripciones; fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos; trámite de reclamaciones y recursos procedentes; fecha, hora y lugar de la prueba de conocimientos; pruebas que se aplicarán, indicando el carácter de la prueba, el puntaje mínimo aprobatorio y el valor dentro del concurso; fecha de publicación de los resultados del concurso; los requisitos para el desempeño del cargo, que en ningún caso podrán ser diferentes a los establecidos en la Ley 1551 de 2012; y funciones y condiciones adicionales que se consideren pertinentes para el proceso.

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

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de junio de 2020, expediente: 76001-23-33-000-2020-00243-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.



c) Pruebas. Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.

El proceso público de méritos para la elección del personero deberá comprender la aplicación de las siguientes pruebas:

- 1. Prueba de conocimientos académicos, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria, que no podrá ser inferior al 60% respecto del total del concurso.*
- 2. Prueba que evalúe las competencias laborales.*
- 3. Valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria.*
- 4. Entrevista, la cual tendrá un valor no superior del 10%, sobre un total de valoración del concurso”.*

En los artículos subsiguientes, el referido Decreto 1083 de 2015 previó lo relativo a los mecanismos de publicidad del proceso de selección (artículo 2.2.27.3), la elaboración de la lista de elegibles (artículo 2.2.27.4) la naturaleza del cargo de personero (artículo 2.2.27.5) y la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos con organismos especializados técnicos e independientes, para la realización parcial de los concursos de personero, los cuales continuarán bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión (artículo 2.2.27.6).

A partir de estos parámetros, la Sala ha destacado las consecuencias anulatorias que pueden provenir del desconocimiento de los términos vinculantes de la convocatoria para la elección realizada, al igual que la importancia de garantizar la debida publicidad que permita la libre concurrencia de los interesados, junto con el estricto orden de mérito en que debe ser aplicada la lista de elegibles que resulte del proceso¹¹.

De acuerdo con lo expuesto, el ordenamiento jurídico contiene una regulación minuciosa de las actividades que se adelantan en el marco del concurso que debe preceder la elección de los personeros municipales y distritales, que confirma su carácter reglado y somete la discrecionalidad de los concejos a los resultados de las pruebas aplicadas conforme a la convocatoria, la cual debe recoger todos los parámetros previstos en las normas reglamentarias.

4.1. En cuanto a la entrevista, la Sala reitera¹² que, como lo ha avalado la Corte Constitucional de tiempo atrás:

6.- La entrevista, como ha tenido ocasión de señalarlo la Corte, constituye un instrumento que en ciertos casos resulta útil para que la entidad a cuyo cargo se encuentra el proceso de selección de personal, “conozca, mediante contacto directo, a los aspirantes, y aprecie, dentro de un razonable margen de ponderación, las características personales, profesionales, de preparación

¹¹ Al respecto, ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de marzo de 2021, Rad. 05001-23-33-000-2020-00495-01.

¹² Ibidem.

y de aptitud de cada uno de ellos”. Empero, según lo ha explicado, “**de tal concepto no puede derivarse que la normatividad admita, en cabeza de los entrevistadores, una atribución omnímoda y carente de control, pues su cometido no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según simpatía o animadversión personal que merezcan a la vista de quien los examina**”.

Si bien no puede desconocerse que existe cierto margen de discrecionalidad de los entrevistadores, también lo es que esa potestad no puede convertirse en arbitrariedad ni subjetividad (...).¹³

En este orden, la discrecionalidad del nominador al realizar y evaluar la entrevista no puede devenir en arbitrariedad o discriminación para alterar deliberadamente el orden de la lista de elegibles en beneficio del candidato de su preferencia y sino que debe obedecer a una calificación razonable y razonada de las capacidades, competencias, aptitudes y el perfil general de cada aspirante de conformidad con las funciones y responsabilidades del cargo, de modo tal que:

“[La entrevista] constituye un instrumento que en ciertos casos resulta útil para que la entidad a cuyo cargo se encuentra el proceso de selección de personal, “conozca, mediante contacto directo, a los aspirantes, y aprecie, dentro de un razonable margen de ponderación, las características personales, profesionales, de preparación y de aptitud de cada uno de ellos”. Empero, según lo ha explicado, “de tal concepto no puede derivarse que la normatividad admita, en cabeza de los entrevistadores, una atribución omnímoda y carente de control, pues su cometido no implica la consideración subjetiva de las calidades de los entrevistados para inclinar la balanza del concurso a favor o en contra, según simpatía o animadversión personal que merezcan a la vista de quien los examina.”¹⁴

5. Caso concreto

Del material probatorio aportado al expediente, se advierte, en primer lugar, que la Mesa Directiva del Concejo municipal de Maicao expidió la **Resolución 055 de 18 de noviembre de 2019**, “*Por la cual se convoca y reglamenta el concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal de Maicao – La Guajira periodo 2020-2024*”.

En el artículo 5 se determinó la estructura del proceso de selección de la siguiente manera:

1. Divulgación y publicación de la convocatoria
2. Convocatoria
3. Reclutamiento – inscripciones
4. Verificación de requisitos mínimos y publicación de lista de admitidos y no admitidos
 - 4.1. Impugnación
 - 4.2. Resolver impugnación
 - 4.3. Publicación lista definitiva de admitidos y no admitidos
5. Aplicación de pruebas

¹³ Corte Constitucional. Sentencia del 6 de agosto de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-478 de 2005, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



- 5.1. Prueba de conocimientos académicos
 - 5.1.1. Impugnación
 - 5.1.2. Resolver impugnación
 - 5.1.3. Publicación resultados definitivos de la prueba
- 5.2. Prueba de competencias laborales
 - 5.2.1. Impugnación
 - 5.2.2. Resolver impugnación
 - 5.2.3. Publicación resultados definitivos de la prueba
- 5.3. Valoración de estudios y experiencia
 - 5.3.1. Impugnación
 - 5.3.2. Resolver impugnación
 - 5.3.3. Publicación resultados definitivos de la prueba
- 5.4. Entrevista
 - 5.4.1. Impugnación
 - 5.4.2. Resolver impugnación
 - 5.4.3. Publicación resultados definitivos de la prueba
- 6. Conformación lista de elegibles
- 7. Elección

En el párrafo 3 de dicho artículo, se estableció que la prueba de entrevista será aplicada únicamente por el concejo municipal correspondiente al periodo constitucional siguiente.

En el artículo 35 de la convocatoria se indicó:

“ARTÍCULO TREINTA Y CINCO. Pruebas por Aplicar. De conformidad con lo previsto en el numeral 2.2.27.2 literal c, del Decreto 1083 de 2015, las pruebas por aplicar en esta convocatoria, tienen como finalidad evaluar la capacidad, adecuación, competencia idoneidad y potencialidad del aspirante y establecer una clasificación de los mismos, respecto de las competencias y calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo. La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos; que respondan a criterios de objetividad e imparcialidad, con parámetros previamente establecidos. Para el desarrollo de presente proceso de selección, las pruebas que se aplicaran (sic) se regirán por los siguientes parámetros en cuanto al peso porcentual sobre el valor del concurso, carácter y mínimo aprobatorio -si lo hubiere:

Clase de prueba	Carácter	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MÁXIMO ESTABLECIDO	Puntaje mínimo aprobatorio
Prueba de conocimientos académicos	Eliminatorio	60%	100	60
Competencias laborales	Clasificatoria	15%	100	NO APLICA
Análisis de antecedentes Formación académica Análisis de	Clasificatoria	15% F.A. (7.5%) A.E. (7.5%)	100	NO APLICA





experiencia				
Entrevista	Clasificatoria	10%	100	NO APLICA

En particular, respecto de la prueba de entrevista, en la que se centran las censuras del caso concreto, la convocatoria dispuso lo siguiente:

“ARTICULO CINCUENTA Y OCHO. Prueba de entrevista: La entrevista tiene como propósito analizar y valorar los conocimientos, habilidades y actitudes específicas relacionadas con el cargo de Personero Municipal, y la coincidencia de los principios y valores, las habilidades frente a la misión y la visión organizacional, el compromiso institucional y laboral, trabajo en equipo, relaciones interpersonales, si es adecuado o idóneo, y si puede, sabe y quiere ocupar el empleo en atención a las condiciones socioeconómicas del Municipio. Esta prueba tendrá un valor del diez por ciento (10%) sobre el cien por ciento (100%) del total del concurso, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.27.2 literal c) numeral 4 del Decreto 1083 de 2015. Y se desarrollará de la siguiente forma:

a) El Concejo Municipal, de la vigencia 2020, una vez posesionado, de conformidad con el Art. 170 de la 136 (sic) de 1994 -modificado por el Art. 35 de la ley 1551 de 2012, (sic) dentro de los primeros diez días del mes de enero en que inicia su periodo constitucional, realizará la entrevista y calificará la misma, en cumplimiento de los principios constitucionales de mérito, celeridad, eficacia y economía entre otros, de acuerdo a las siguientes reglas:

- I. La Plenaria del Concejo Municipal, de la vigencia 2020, elaborará cuatro preguntas y se las entregará a la Mesa Directiva.
- II. La Mesa Directiva formulará las cuatro preguntas a cada uno de los candidatos, en plenaria del Concejo, para tal efecto, no se requerirá que el Concejo se encuentre en periodo de sesiones pues podrá hacerse en sesión formal debidamente convocada.
- III. Cada uno de los Concejales asistentes en la entrevista tendrá en su mano un formato de calificación de entrevista la cual contendrá el grado de satisfacción de la respuesta a las 4 preguntas.
- IV. Una vez terminada la entrevista a todos los candidatos, estos se retirarán del recinto y los Concejales entregarán las hojas de respuestas a la mesa directiva y ésta, con el grupo asesor, realizará la suma aritmética de la puntuación obtenida, realizando la ponderación por el número de concejales de la comisión accidental con votos válidos sobre el promedio de cada participante y el porcentaje total de la prueba.”

Asimismo, se debe referir que en el artículo 59 de la convocatoria se indicó que el aspirante admitido podía consultar el lugar, la fecha y la hora de la realización de la entrevista en la página web www-concejo-maicao-guajira.gov.co, en la cartelera del concejo y en la de la personería.

También se previó, en el artículo 60, que surtido el trámite señalado en el artículo 58, la mesa directiva emitiría un acto administrativo publicando los resultados de cada candidato en la entrevista.

En el artículo 61 se dispuso que, con el fin de garantizar el debido proceso, el derecho de defensa y de contradicción, con dicho acto se podían presentar reclamaciones ante la mesa directiva.



Finalmente, en el artículo 62 se estableció que, las respuestas a las reclamaciones y los resultados definitivos de la entrevista serían publicados en la página web y las carteleras antes mencionadas.

Conforme a lo expuesto, en lo que atañe a la prueba de entrevistas, la convocatoria recogió, por un lado, el carácter clasificatorio y el valor máximo de 10% sobre el total del concurso que le otorga el artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015 y por otro, reconoció la competencia del concejo que se instalaría en enero de 2020 para encargarse de la aplicación de esta fase.

Atendiendo a este marco regulatorio, la Sala pasará a analizar los argumentos de la apelación, que insisten en la ilegalidad de la elección de la demandada por irregularidades en la fase de entrevistas.

5.1. Argumentos de la apelación

Según se expuso en el acápite de antecedentes, el demandante planteó 2 reproches: (i) a la conducencia y pertinencia de 3 de las 4 preguntas que le formularon en la entrevista y (ii) a la calificación de las respuestas dadas, frente a los cuales la Sala se pronunciará a continuación:

5.1.1. Conducencia y pertinencia de 3 de las 4 preguntas que le formularon en la entrevista

Afirmó el apelante que 3 preguntas realizadas por el concejo, no permiten evidenciar si los candidatos tenían la capacidad, idoneidad y adecuación para desempeñar con efectividad las funciones del empleado, lo que explicó así:

Pregunta	Reproches
“En el ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales de las personerías municipales a la vigilancia del cumplimiento de la constitución, las leyes, ordenanzas, las decisiones judiciales y los actos administrativos, ¿Cuáles son los presupuestos para la debida ejecución del contrato estatal?”.	i) Si bien se requiere tener conocimiento de los aspectos objeto de vigilancia del cargo de Personero Municipal, que eventualmente podrían recaer sobre un contrato estatal, no es menos cierto que en dicha situación se deberá comprobar la norma para realizar el estudio conducente a determinar posibles falencias, por lo cual no se puede considerar que esta pregunta sea de esencial conocimiento del Personero Municipal de Maicao y que por ende ayude a medir la capacidad, idoneidad y adecuación para desempeñar con efectividad las funciones del empleado. ii) Sospechosamente es favorable a Mayerlis Pérez, quien de todos los aspirantes es la única especialista en contratación estatal. iii) En todo caso, como se puede apreciar en el audio de la entrevista, no contesté en forma errada o equivoca.
“¿Qué estrategias propone para hacer efectiva la aplicación del documento CONPES 3950 que comprende las estrategias para la atención de la población	i) No es de esencial conocimiento del Personero Municipal de Maicao y que por ende ayude a medir la capacidad, idoneidad y adecuación para desempeñar con efectividad las funciones del



venezolana?”.	empleado, porque las personerías no participan en el CONPES. li) Dicho documento contiene las estrategias para la planeación de la migración desde Venezuela que dependen de la articulación de instituciones de orden nacional las cuales deben fortalecer los entes territoriales para la consecución de los objetivos a mediano plazo, por lo que sería deber de las personerías <i>“vigilar que una vez los entes de orden nacional hagan los respectivos fortalecimientos, estos recursos se utilicen para el fin específico indicado, lo cual no es una labor única o específica para el caso de las estrategias del CONPES 3950, sino que es así para cualquier otro recurso que se ponga a disposición de los entes que desarrollan su gestión en los límites territoriales donde la Personería tenga campo de acción”.</i>
“¿Cuáles son las modificaciones a la regulación del procedimiento ordinario de responsabilidad fiscal que maneja la personería? Artículo 106 de la Ley 1474 del 2011”.	Es una pregunta capciosa porque es claro que el proceso de responsabilidad fiscal cuestionado no existe y, por ende, hace incurrir en error al preguntado por lo que <i>“no contesté la pregunta e hice una observación sobre la misma, sin embargo, causa gran curiosidad que la única persona según el concejo que la contesto (sic) de forma acertada fuese la doctora MAYERLIS PÉREZ.”</i>

Consideró que *“se requiere de un análisis real del contenido que abarca cada una de las preguntas tachadas como tales, que permitan (sic) concluir que la respuesta es de esencial conocimiento por parte del personero municipal de Maicao, teniendo en cuenta los criterios para optar por el cargo; no basta solo afirmar que las preguntas fueron generadas de acuerdo al marco legal que regula el concurso en cuestión y más específicamente la etapa de entrevista...”*

Al respecto, el agente del Ministerio Público sostuvo que los interrogantes sí eran de esencial conocimiento por parte del personero municipal y, en ese sentido, indicó que *“la pregunta que se relacionaba con las atribuciones constitucionales y legales de las personerías municipales y, en donde se interrogaba, cuáles eran los presupuestos para la debida ejecución del contrato estatal, la relacionada con las estrategias que se proponía para hacer efectiva la aplicación del documento CONPES sobre las estrategias de atención a la migración venezolana; incluso, la pregunta realmente capciosa, relacionada con las modificaciones al procedimiento de responsabilidad ordinaria de responsabilidad fiscal, o la relacionada con la defensa de los derechos humanos, tenían que ver con la multiplicidad de funciones que atañe al personero municipal, y que pueden sintetizarse, en velar por la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas.”*

Para resolver este argumento de la apelación, no puede perderse de vista, como lo dijo la Corte Constitucional en providencia antes reseñada, que la entrevista posibilita la apreciación no solo de características personales sino también profesionales y de preparación de los aspirantes que, desde luego, deben relacionarse con las funciones respectivas.

Desde esa óptica, el concejo de Maicao, en el acto de convocatoria informó a los interesados en ser personeros de dicho municipio que, mediante la entrevista, se valorarían conocimientos, habilidades y actitudes relacionados con dicho cargo.

En ese orden, la Sala no comparte lo dicho por el agente del Ministerio Público quien sostuvo que la naturaleza jurídica de la entrevista no puede ser la ratificación de los resultados de la prueba de conocimientos y, si ello fuese así, debió ponerse en conocimiento de los interesados con antelación para que se preparan para ello.

Discrepa de dicha apreciación por cuanto, como se vio, la entrevista también permite al entrevistador valorar los conocimientos de los aspirantes y, además, porque en el acto de convocatoria se informó a los interesados que dicha etapa se valorarían conocimientos de los concursantes.

En este punto, conviene traer a colación las funciones de los personeros que la Sala ha clasificado así¹⁵:

- **Funciones misionales:** Son todas aquellas previstas en la Ley 136 de 1994 y en las normas del régimen municipal y del Ministerio Público. Se clasifican en funciones como agente del Ministerio Público, funciones como defensor de los derechos humanos y funciones como veedor ciudadano.

Respecto de las funciones ejercidas como Ministerio Público, el artículo 118 de la Constitución Política consagra que aquel “...será ejercido por el Procurador General de la Nación, por el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del Ministerio Público, ante las autoridades jurisdiccionales, por los personeros municipales y por los demás funcionarios que determine la ley. Al Ministerio Público corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”. Asimismo, el artículo 178 de la Ley 136 de 1994 establece que el Personero ejercerá en el Municipio las funciones de Ministerio Público, además de las que determinen la Constitución, la ley y los acuerdos.

- **Funciones complementarias:** Aquellas que surgen de las leyes y decretos nacionales que de manera particular le han encargado el cumplimiento de tareas específicas. Como por ejemplo la Ley 617 de 2000 que le encarga funciones como veedor del tesoro o la Ley 387 de 1997 en materia de atención a la población desplazada por la violencia.
- **Funciones delegadas:** Son la que de manera expresa han sido delegadas por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y otras autoridades, como por ejemplo la relacionado con la facultad de interponer la acción de tutela.
- **Funciones accesorias:** Son las que se derivan de la moral del mandato de la Personería y que pueden ser asumidas de manera voluntaria y discrecional por el Personero, de acuerdo con las circunstancias sociales y coyunturales de su entorno.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de primero de diciembre de 2016, expediente: 73001-23-33-000-2016-00079-03, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



Para la Sala la primera pregunta sí guarda relación con las funciones misionales de los personeros las cuales deben ser conocidas por quienes aspiran a desempeñar ese cargo, dado que la ejecución de los contratos estatales concierne la protección del interés público.

Evidencia de ello es que la defensa del patrimonio público y la moralidad administrativa, están enlistados en el artículo 4 de la Ley 472 de 1998, como derechos e intereses colectivos, cuya protección puede deprecarse mediante las acciones populares para cuya interposición, están expresamente legitimados los personeros, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la referida ley.

En el mismo sentido, según el artículo 178 de la Ley 136 de 1994, a los personeros les corresponde, entre otras funciones, defender el patrimonio público interponiendo las acciones judiciales y administrativas pertinentes y ejercer la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales.

Además, según el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, “[l]os servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines.”, de modo que la vigilancia de la conducta de quienes desempeñan funciones públicas en materia contractual, también se relaciona con las tareas que tienen a su cargo los personeros e implica tener conocimientos ese tema, dado que el desconocimiento de las normas contractuales puede configurar una falta disciplinaria¹⁶.

Asimismo, por disposición del artículo 24 de la Ley 617 de 2000¹⁷, el personero tiene funciones de veedor del tesoro, entre ellas, velar por el cumplimiento de los principios rectores de la contratación administrativa; realizar visitas, inspecciones y actuaciones que estime oportunas en las dependencias de la administración municipal para el cumplimiento de sus atribuciones en materia de tesoro público municipal; y evaluar permanentemente la ejecución de las obras públicas que se adelanten en el municipio.

En ese orden de ideas, no es de recibo el planteamiento del actor según el cual la pregunta es sospechosa porque la demandada era la única participante especialista en contratación estatal, dado que, como se explicó, se trata de un tema cuyo conocimiento es esperable de quien aspira a ser personero.

¹⁶ Por ejemplo, las conductas consagradas en los literales 29, 30, 31, 32, 33, 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002.

¹⁷ En la sentencia C-1105 de 2011, la Corte Constitucional, entre otras cosas, resolvió: “Declarar EXEQUIBLE el aparte acusado del artículo 24 de la Ley 617 de 2000, que literalmente dice “En los municipios en donde no exista contraloría municipal, el personero ejercerá las funciones de veedor del tesoro público”, con excepción de la expresión “en donde no exista contraloría municipal”, que es declarada INEXEQUIBLE”. En dicha providencia, la Corte explicó que “las atribuciones del personero como veedor del tesoro son distintas a las funciones propias de control fiscal, por lo cual no hay invasión de las competencias propias de las contralorías”.



Acerca de la segunda pregunta, la Sala advierte que también guarda relación con las funciones misionales de los personeros, como se expone a continuación:

Mediante el documento CONPES 3950 de 23 de noviembre de 2018 denominado *“Estrategia para la atención de la migración desde Venezuela”*, se pretende establecer e implementar estrategias de atención en salud, educación, primera infancia, infancia y adolescencia, trabajo, vivienda y seguridad, articular la institucionalidad existente y definir nuevas instancias para la atención de la población migrante desde Venezuela.

Si bien es cierto los personeros no integran el CONPES¹⁸, también lo es que, como Ministerio Público, les corresponde la guarda y promoción de los derechos humanos lo que, sin duda, tiene relación con las estrategias establecidas para atender a la población migrante de Venezuela, máxime si se tiene en cuenta que Maicao es un municipio que limita con dicho país.

De hecho, el mismo apelante afirmó que sería deber de las personerías vigilar que una vez los entes de orden nacional hagan los respectivos fortalecimientos, estos recursos se utilicen para el fin específico indicado, de modo que reconoció que la pregunta concierne a las funciones de dicho cargo.

Además, dentro del plan de acción y seguimiento se trazaron estrategias para la atención e integración de la población migrante del documento CONPES referido, se estableció la línea de acción *“Atender a los migrantes víctimas (sic) que provienen desde Venezuela”*, para lo cual, se dispuso que la UARIV valorará las declaraciones de las solicitudes de inclusión presentadas ante el Ministerio Público (Procuraduría, Personería o Defensoría), sin importar la nacionalidad del declarante, lo que evidencia la necesidad de que el personero de Maicao tuviera conocimiento de la política pública fijada por las autoridades administrativas, para la atención de dicha población y la garantía de sus derechos fundamentales.

Finalmente, en cuanto a la tercera pregunta, si bien puede pensarse que pretendía inducir a error a los entrevistados, dado que las personerías no están facultadas

¹⁸ Según el artículo 1 del Decreto 2148 de 2009, los miembros permanentes del Consejo Nacional de Política Económica y Social son: i) con derecho a voz y a voto: Vicepresidente de la República, Ministro del Interior y de Justicia, Ministro de Relaciones Exteriores, Ministro de Hacienda y Crédito Público, Ministro de Defensa Nacional, Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, Ministro de Protección Social, Ministro de Minas y Energía, Ministro de Comercio, Industria y Turismo, Ministro de Educación Nacional, Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Ministro de Comunicaciones, Ministro de Transporte, Ministro de Cultura, Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, Director del Departamento Nacional de Planeación y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias; ii) con derecho a voz: el Secretario Jurídico de la Presidencia de la República y el Ministro Consejero de la Presidencia de la República.

Los miembros no permanentes que asistirán en asuntos de su competencia sin derecho a voto, son: Directores de departamentos administrativos no contemplados en el numeral anterior, Directores o gerentes de organismos descentralizados y demás funcionarios públicos invitados por el Presidente de la República. Y los miembros no permanentes que asistirán en asuntos de su competencia sin derecho a voto, en calidad de invitados, son: Gobernador de la respectiva entidad territorial, cuando se sometan a consideración del Consejo asuntos que afecten directamente a la correspondiente entidad y Alcalde de la respectiva entidad territorial, cuando se sometan a consideración del Consejo asuntos que afecten directamente a la correspondiente entidad.



para adelantar procesos de responsabilidad fiscal, la Sala considera que los aspirantes debían tener conocimiento de dicho aspecto, en tanto la vigilancia de la gestión fiscal, por mandato constitucional (artículos 119 y 267) y legal (artículo 1 de la Ley 617 de 2000) está atribuida a la Contraloría General de la Nación.

Es decir, debían saber que esa función no le corresponde al Ministerio Público sino a otra entidad, puesto que las preguntas también pueden tener como propósito verificar si el aspirante conoce cuáles son los límites y el alcance de sus funciones.

Asimismo, en ejercicio de las funciones como veedor del tesoro, a los personeros les corresponde solicitar la intervención de las cuentas de la respectiva entidad territorial por parte de la Contraloría General de la Nación o de la Contraloría departamental, cuando lo considere necesario, de modo que, al menos, deben tener conocimientos de los fundamentos de la responsabilidad fiscal, para el cumplimiento oportuno y eficaz de dicha atribución.

De acuerdo con lo expuesto, este argumento de la apelación no está llamado a prosperar.

5.1.2 Calificación de las respuestas

Según el apelante, el pronunciamiento sobre la desproporción en el otorgamiento de puntajes fue superficial pues el Tribunal pudo hacer el ejercicio de ponderar las respuestas suyas y verificar si eran acertadas o incorrectas e incluso, bajo la potestad consagrada en el artículo 213 del CPACA, solicitar de oficio las grabaciones de las otras entrevistas para comparar las respuestas y así determinar si los conceptos expresados por la señora Mayerlis Pérez superaron los de los otros participantes.

Agregó que es cierto que es competencia exclusiva de los concejales la elaboración y calificación de las preguntas, pero también lo es que dicha potestad tiene como límites la finalidad de lo que se busca conocer con los cuestionamientos y la razonabilidad al momento de calificar las respuestas.

Al respecto, la Sala advierte que, al tenor del artículo 212 de la Ley 1437 de 2012, es posible solicitar pruebas en segunda instancia, sin embargo, el apelante no procedió en ese sentido. Y, de haberlo hecho, la solicitud no era procedente, toda vez que en el presente caso no se configuran los eventos que la norma consagra para el efecto.

Además, no es procedente dar aplicación al supuesto previsto en el artículo 213 *ibidem*, que establece que *“En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes. (...) Además, oídas las alegaciones el Juez o la Sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.”*

En criterio de esta Sección, la facultad oficiosa del juez en materia probatoria no está concebida para suplir la incuria de las partes para demostrar el supuesto que las normas consagran en su favor, es decir, no implica subsanar la falta de actividad probatoria de las partes, so pretexto de esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda¹⁹:

“Esta Judicatura no pasa por alto que los antecedentes administrativos se componen de aquellos documentos que en la realidad fundamentan las decisiones eleccionarias atacadas; motivando de esta manera a las partes y demás sujetos procesales a su revisión pormenorizada con el propósito de completar sus solicitudes probatorias, mediante la elevación de requerimientos al juez, quien deberá analizar en cada caso concreto la vocación de los pedimentos, en consideración de las circunstancias que rodean los asuntos.

(...)

Por otro lado, se observa que la omisión probatoria que se comenta tampoco fue suplida por los recurrentes en el marco de esta segunda instancia, amparados en las previsiones normativas del ya referido artículo 212 de la Ley 1437 de 2011, contentivo de los supuestos que llevan al decreto de pruebas en la fase de apelación de las sentencias; norma que en su tenor literal consagra:

(...)

*En ese orden, la Sala estima que **no se encuentra frente a un problema de “puntos oscuros” o “difusos” en este litigio que motive el uso de sus facultades oficiosas en materia probatoria, sino por el contrario frente a una “incuria” procesal que no puede ser revertida por el fallador de esta segunda instancia si se tiene en cuenta que el operador judicial es a la vez el garante del equilibrio de armas que debe existir en todo proceso contencioso administrativo, salvaguardando los derechos fundamentales de quienes participan en él y, en especial, el debido proceso.**”* (Negrilla añadida).

Ahora bien, a juicio del demandante, la calificación que le fue otorgada en la entrevista fue desproporcional respecto de la asignada a la señora Pérez Granados que puede obedecer a un actuar caprichoso y concertado en forma previa.

Sin embargo, para concluir que hubo tal desproporción era necesario que el demandante señalara en forma concreta y precisa en qué consistió y no limitarse a manifestar cuál fue la puntuación obtenida.

Es decir, al actor le correspondía indicar cuáles fueron las inconsistencias que, a su juicio, evidencian que la puntuación que le fue asignada es desproporcional frente a la que le correspondió a la elegida, sin que para ello sea suficiente mencionar los valores asignados.

Ello obedece no solo a la carga argumentativa que debe cumplir el demandante, sino que determina el marco del análisis de la legalidad del acto enjuiciado, frente

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de mayo de 2021, expediente: 08001-23-33-000-2020-00139-01, M.P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



al cual, el juez debe pronunciarse de forma específica, so pena de desconocer el acceso a la administración de justicia.

En consonancia con lo anterior, al actor le correspondía allegar el acervo probatorio que permitiera concluir que la calificación fue desproporcionada, de modo que debió solicitar en la oportunidad procesal adecuada, las pruebas pertinentes y conducentes para acreditar ese supuesto. Sin embargo, no es posible establecer dicha circunstancia dado que debía hacerse un ejercicio de comparación entre las respuestas del demandante y las de la demandada, pero estas últimas no fueron allegadas al proceso.

Evidencia de lo expuesto es que el recurrente afirmó que el juez de primera instancia, de oficio, debió decretar como prueba las grabaciones de las otras entrevistas para que pudiera compararlas con la suya de modo que pudiera determinar si las respuestas dadas por la señora Mayerlis Pérez superaron las de los otros participantes.

Es decir, en el escrito de apelación el propio demandante puso de presente su incuria en materia probatoria al haber omitido pedir como prueba los elementos necesarios para demostrar su aserto, al pretender que el Tribunal la supliera mediante su decreto oficioso, facultad que, como se vio, no fue concebida para ese fin. Por tanto, el actor no puede sostener que el juez omitió el decreto de pruebas de oficio, en atención a que esa carga era de su resorte, con el fin de evidenciar el supuesto de hecho de la demanda.

Es claro entonces que el análisis comparativo que echa de menos el apelante, con el que pretendía demostrar que la puntuación de la entrevista fue desproporcional, no pudo efectuarse en primera instancia ni tampoco en esta etapa del proceso, dada su incuria probatoria, la cual como ya se explicó, no le corresponde suplir al juez.

De otra parte, la respuesta de la mesa directiva del concejo de Maicao a la reclamación presentada por el señor Barros Barros, no permite concluir, como lo planteó el actor, que demuestra la antipatía hacia él por parte de los concejales.

En dicho documento se informó al reclamante las razones de la puntuación asignada frente a cada una de las preguntas y la valoración de sus habilidades y actitudes, igualmente la mesa directiva señaló:

“...dado lo anteriormente expuesto esta corporación considera que su calificación fue asertiva y corresponde a los criterios propios de cada concejal, los cuales fueron ceñidos a la convocatoria y principios (sic) de objetividad e imparcialidad, sin embargo se encontró que algunas de las notas obtenidas podrían ser un poco discriminatorias por lo cual se sugiero (sic) hacer una calificación por encima de estándares que obedezcan a puntuaciones que debe tener un aspirante por el simple hecho de someterse a una entrevista de este tipo, por lo cual su porcentaje obtenido cambia de 3.82% a 4.41% con lo cual damos respuesta oportuna a su reclamación”.



Al respecto, la Sala advierte que la expresión “*algunas de las notas obtenidas podrían ser un poco discriminatorias*” que corresponde a la apreciación de los 3 miembros de la mesa directiva del concejo que suscribieron la respuesta, no denota una afirmación categórica dado el empleo de un lenguaje dubitativo, lo cual no lleva a la convicción a esta colegiatura de que, en efecto, fue así.

Adicionalmente, debe reiterarse que para llegar a la convicción de que los estándares aplicados para la calificación de las respuestas dadas en la entrevista fueron discriminatorios o desproporcionados, en perjuicio del actor, se debe reparar en el acervo probatorio correspondiente, el cual se echa de menos.

Por lo expuesto, este planteamiento de la apelación no está llamado a prosperar.

6. Planteamientos del Ministerio Público

Finalmente, la Sala se referirá a lo expuesto por el agente del Ministerio Público en segunda instancia.

El procurador delgado destacó que en providencia reciente de la Sección Quinta²⁰, dictada en el proceso de nulidad de la elección del personero de Guadalajara de Buga, se estableció una subregla según la cual no es posible fijar criterios de evaluación de la entrevista, luego de conocidos los resultados de las demás pruebas.

En ese orden, aseguró que el concejo de Maicao carecía de competencia *ratione temporis* para la fijación de las reglas de la evaluación de la entrevista puesto que estas debieron ser establecidas con anterioridad al conocimiento del resultado de las demás pruebas de naturaleza objetiva que, sumadas, correspondían al 90% del total del concurso de méritos.

Afirmó que ese aspecto que conculca el debido proceso y que, teniendo en cuenta que el vicio de incompetencia es el más grave de los extravíos que puede afectar la validez de un acto por el carácter de orden público, es posible su examen aun en forma oficiosa.

Al respecto, la Sala debe poner de presente que al tenor de lo previsto en el artículo 320 del Código General del Proceso²¹, “[e]l recurso de apelación tiene por objeto que **el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión.”, disposición que debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto por el artículo 328 *Ibidem*, según el cual “[e]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante**, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.” (Negrillas añadidas).

El texto transcrito es claro en advertir que la competencia del superior para

²⁰ Sentencia de 10 de junio de 2020, expediente: 76001-23-33-000-2020-00243-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

²¹ Aplicable al trámite del recurso de apelación en los aspectos no regulados en la Ley 1437 de 2011, por la remisión prevista en su artículo 306.





pronunciarse sobre el fundamento de la apelación está circunscrita a los motivos de inconformidad expuestos por el apelante, lo que descarta el análisis de cualquier otro aspecto que no haya sido materia de alzada²².

En el mismo sentido, el artículo 328 del mismo código determina la competencia del superior en los siguientes términos: *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley. (...)”*.

Ello significa, como lo ha sostenido la Sala que:

“...el juez de la segunda instancia está sujeto, al decidir la apelación, a los planteamientos expuestos en el recurso de alzada sin que esté facultado para pronunciarse sobre aspectos o puntos de la sentencia de primera instancia que no fueron objeto de impugnación.

Igualmente ha reiterado que no puede abordar materias o cuestiones que se plantean en la apelación, pero no hacen parte del concepto de violación del libelo, ni la sentencia estudió.”²³

En ese orden, el juez de segunda instancia está limitado por lo que se plantea en el escrito de apelación, de modo que solo puede estudiar los argumentos allí esbozados o, lo que es lo mismo, tiene vedado abordar aspectos que no fueron objeto de reproche en recurso de apelación.

En ese sentido, recientemente, la Sala sostuvo que *“el principio de congruencia como el parámetro que limita al juez para que, al momento de dictar sus providencias, tenga en cuenta los hechos y las pruebas allegadas en el transcurso del proceso, a efectos de resolver coherentemente los problemas jurídicos que se plantean. Así mismo, esta exigencia es predicable de las partes procesales, quienes están obligados a desplegar actuaciones congruentes con el devenir del proceso y acorde a las decisiones asumidas de forma que los aspectos de desacuerdo puedan ser estudiados de forma oportuna y concreta por el funcionario judicial. Lo anterior, se materializa en el presente asunto en el principio *tantum devolutum quantum appellatum*, según el cual, **en el trámite y resolución de la apelación, la competencia del superior se circunscribe al análisis de la providencia impugnada, con base en los cargos formulados en su contra por el recurrente, según los argumentos en que se sustenta**”²⁴. (Negrilla añadida).*

De acuerdo con lo expuesto, para esta Sala no es procedente desbordar su ámbito competencial para proceder al estudio de cuestiones que no fueron propuestas por el apelante, quien no se pronunció acerca de una eventual falta de competencia del concejo de Maicao en los términos planteados por el procurador delegado.

²² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 3 de junio de 2021, expediente: 68001-23-33-000-2019-00896-01, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

²³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de abril de 2014, expediente: 08001-23-31-000-2011-01474-01, M.P. Susana Buitrago Valencia.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala de 6 de agosto de 2020, expediente: 44001-23-40-000-2019-00175-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.





En cuanto a la sentencia de unificación dictada por la Sección Tercera que invocó el agente del Ministerio Público, como fundamento de la procedencia del estudio de un argumento que no fue objeto de apelación, conviene mencionar que en ella se afirmó categóricamente que *“por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior”*.

Y precisó que, dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada, como: caducidad, falta de legitimación en la causa e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda.

El planteamiento del procurador delegado frente a la supuesta falta de competencia del concejo no se enmarca en ninguna de esas excepciones y, además, es un cargo nuevo respecto del cual ha operado la caducidad.

En todo caso, si en gracia de discusión se abordara el estudio de ese reproche, se advierte con facilidad que el presente litigio difiere del caso del personero de Guadalajara de Buga en el que mediante un acto posterior a la resolución de convocatoria y luego de conocerse los resultados de las demás pruebas del concurso, el concejo reglamentó la puntuación de la entrevista, con lo que dicho acto resultó extemporáneo.

En el caso de la personera de Maicao, no hubo ningún acto posterior a la convocatoria referido a la entrevista, pues las pautas para su realización fueron fijadas en la Resolución 055 de 2019.

7. Conclusión

Conforme a los anteriores planteamientos, la Sala concluye que no se demostró el vicio de expedición irregular en contra del acto de elección de la señora Mayerlis Pérez Granados como personera del Municipio de Maicao y, por consiguiente, la presunción de legalidad del acto acusado quedó incólume, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso





Administrativo, Sección Quinta, en uso de sus facultades constitucionales y legales,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 2 de marzo de 2021 del Tribunal Administrativo de La Guajira, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad de la elección de la señora Mayerlis Pérez Granados como personera del Municipio de Maicao.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente
Aclaración de voto

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

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>”

NULIDAD ELECTORAL - Garantía de incorporación de los antecedentes administrativos del acto electoral

Aunque [se comparte] la decisión de negar la pretensión principal de la demanda, al constatarse que las preguntas realizadas en el proceso electoral se ajustaron a las exigencias propias del cargo de personero municipal, [se discrepa] de las consideraciones según las cuales, no se pudieron analizar los motivos de inconformidad sobre las respuestas que el demandante suministró a éstas y verificar si eran acertadas, incorrectas o incluso compararlas con lo que contestó la demandada, porque no fueron aportados tales documentos al proceso. No obstante lo anterior, de conformidad con el primer párrafo del artículo 175 y el segundo inciso del artículo 285 de la Ley 1437 de 2011, debían ser aportados con la contestación de la demanda, como también incorporarse al expediente por las autoridades que intervinieron en la expedición del acto, quienes están obligados a remitir al juez la totalidad de los antecedentes administrativos del acto de





designación acusado. (...). [E]l eje central de la presente aclaración gira en torno a la necesidad que los antecedentes administrativos del acto electoral, [se deja] constancia que no es la primera vez que estas consideraciones han sido expuestas, por cuanto algunas veces no se cuenta con la totalidad de los documentos electorales que dan fe de la voluntad electoral, casos en los cuales es menester que el juez o el magistrado ponente se cerciore y adopte medidas para garantizar que la totalidad de los antecedentes del acto sean incorporados. (...). En ese orden ideas, no [se comparte] el hecho de que al omitir el actor aportar los cuestionarios de la entrevista y las respuestas a la misma y, al haber el *ad quo* requerir al Concejo Municipal de Maicao su remisión sin que hubiera cumplido con su deber legal, no se haya estudiado de fondo los motivos de inconformidad, pues tal situación implicaba, en el medio de control de naturaleza pública, como es la nulidad electoral, que el Juez ha debido garantizar dichos antecedentes. Ello, al tenor del parágrafo 1 del artículo 175, en consonancia con el artículo 213 de la ley 1437 de 2011. Desde luego, ello implicaba la garantía del derecho de contradicción a los sujetos procesales.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la necesidad de que los antecedentes administrativos del acto administrativo se encuentren completos, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 1 de marzo de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 08001-23-33-000-2016-00067-01.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 129 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 175 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 213 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 285 INCISO 2

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAUJO OÑATE

Radicación número: 44001-23-40-000-2020-00215-01

Actor: ANTHONY DI MAURO BARROS BARROS

Demandado: MAYERLIS PÉREZ GRANADOS – PERSONERA DE MAICAO, PERÍODO 2020-2024

NULIDAD ELECTORAL - GARANTÍA DE INCORPORACIÓN DE LOS ANTECEDENTES ADMINISTRATIVOS DEL ACTO ELECTORAL

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011²⁵ y con el acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la Sala, procedo a

²⁵ "Artículo 129. Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.



aclarar mi voto frente al fallo del 5 de agosto de 2021, que confirmó la sentencia del Tribunal Administrativo de La Guajira, la cual negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el acto de elección de Mayerlis Pérez Granados, como personero del Municipio de Maicao.

2. Aunque comparto la decisión de negar la pretensión principal de la demanda, al constatar que las preguntas realizadas en el proceso electoral se ajustaron a las exigencias propias del cargo de personero municipal, me aparto de las consideraciones según las cuales, no se pudieron analizar los motivos de inconformidad sobre las respuestas que el demandante suministró a éstas y verificar si eran acertadas, incorrectas o incluso compararlas con lo que contestó la demandada, porque no fueron aportados tales documentos al proceso.

No obstante lo anterior, de conformidad con el primer párrafo del artículo 175 y el segundo inciso del artículo 285 de la Ley 1437 de 2011, debían ser aportados con la contestación de la demanda, como también incorporarse al expediente por las autoridades que intervinieron en la expedición del acto, quienes están obligados a remitir al juez la totalidad de los antecedentes administrativos del acto de designación acusado.

3. Para mayor ilustración, se transcriben los preceptos antes señalados, de los cuales se desprende con total claridad, que constituye una obligación de las autoridades que intervienen en la expedición del acto acusado, allegar sus antecedentes, lo que significa aportar entre otros, las preguntas que se hicieron en el marco de la etapa de entrevista y las decisiones que se adoptaron durante el proceso de selección, en aras de materializar la protección de los derechos a elegir, ser elegido y participación en la conformación del poder público:

“ARTÍCULO 175. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. Durante el término de traslado, el demandado tendrá la facultad de contestar la demanda mediante escrito, que contendrá:

(...)

PARÁGRAFO 1o. Durante el término para dar respuesta a la demanda, la entidad pública demandada o el particular que ejerza funciones administrativas demandado deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de la actuación objeto del proceso y que se encuentren en su poder.

(...).

La inobservancia de estos deberes constituye falta disciplinaria gravísima del funcionario encargado del asunto”.

ARTÍCULO 285. AUDIENCIA DE PRUEBAS. La audiencia de pruebas se regirá por lo establecido en este Código para el proceso ordinario.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho”.

4. Los anteriores mandatos están en consonancia con la naturaleza pública del medio de control de nulidad electoral, estrechamente relacionada con la protección de la verdad electoral, los derechos a elegir y ser elegido y la legalidad de los actos de nombramiento, elección y llamamiento referidos a los cargos públicos. Estos asuntos son de interés general, respecto de los cuales el juez electoral, de manera especial, le corresponde establecer la verdad y dictar una decisión que garantice los principios y derechos antes señalados, deber que implica verificar que los antecedentes de los actos enjuiciados sean aportados oportuna e integralmente al trámite judicial por las autoridades competentes.

5. Teniendo en cuenta los anterior, el eje central de la presente aclaración gira en torno a la necesidad que los antecedentes administrativos del acto electoral, dejen constancia que no es la primera vez que estas consideraciones han sido expuestas, por cuanto algunas veces no se cuenta con la totalidad de los documentos electorales que dan fe de la voluntad electoral, casos en los cuales es menester que el juez o el magistrado ponente se cerciore y adopte medidas para garantizar que la totalidad de los antecedentes del acto sean incorporados. Sobre el particular, resultan ilustrativos los siguientes apartes del auto del 1° de marzo de 2018, dictado dentro del proceso 2016-00067-01²⁶:

“El caso que ocupa la atención de la Sección, corresponde a una controversia relativa a las diferencias de resultados reflejadas entre los formularios E14 y E24, y su posible justificación.

*Obran en el expediente los anteriores documentos electorales -E14 y E24-, así como el Acta General de Escrutinios Distrital, sin embargo, **no escapa a la Sala que el Acta General de Escrutinios Zonal no fue incorporada al expediente, a pesar de ser constitutiva de los antecedentes del acto electoral acusado, tal y como lo impone la norma general del parágrafo primero del artículo 175 del CPACA, y la norma especial electoral del segundo inciso del artículo 285 del mismo estatuto procesal.***

Los mencionados antecedentes, por tanto, forman parte de este proceso, por disposición de la propia ley, así materialmente dicha acta no se encuentre incorporada. El anterior documento es pieza clave para lograr determinar si las diferencias objeto de este proceso, que encontró acreditadas el Tribunal a quo, están o no justificadas.

El descubrimiento de la “verdad electoral” no puede ser cuestión irrelevante o accesorio para el juez electoral, en la medida en que la legitimidad de nuestras instituciones se soporta en el sentido de los resultados democráticos.

/.../

Lo anterior se refuerza, porque el medio de control electoral tiene por objeto, entre otros, garantizar el derecho a elegir y ser elegido.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 1° de marzo de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 08001-23-33-000-2016-00067-01.



Por lo tanto, cuando un ciudadano recurre a él, lo hace en ejercicio del numeral 6º del artículo 40 Superior; y por contera, cuando un juez conoce de esta clase de medios de control en realidad está conociendo de un mecanismo de defensa de la Constitución y de la ley lo cual le impone la carga de actuar activamente en el proceso. (...)

El juez electoral, entonces, no puede ser ajeno a tales medidas, muy por el contrario, debe tomarlas en consideración para la solución de los casos que tenga a su cargo, específicamente, cuando los referidos documentos forman parte de los antecedentes del acto electoral acusado que, por mandato legal, hacen parte del acervo probatorio del proceso”.

6. En ese orden ideas, no comparto el hecho de que al omitir el actor aportar los cuestionarios de la entrevista y las respuestas a la misma y, al haber el ad quo requerir al Concejo Municipal de Maicao su remisión sin que hubiera cumplido con su deber legal, no se haya estudiado de fondo los motivos de inconformidad, pues tal situación implicaba, en el medio de control de naturaleza pública, como es la nulidad electoral, que el Juez ha debido garantizar dichos antecedentes. Ello, al tenor del parágrafo 1 del artículo 175, en consonancia con el artículo 213 de la ley 1437 de 2011. Desde luego, ello implicaba la garantía del derecho de contradicción a los sujetos procesales.

De tal manera, que se extraña la falta de cumplimiento de la obligación que le asistía al A quo de verificar si fue o no aportados los antecedentes del acto electoral de manera completa, circunstancia que se pasó por alto en la Sala de decisión, sin justificación alguna.

7. Por manera que, considero se debió requerir a través de los poderes que otorga el artículo 213 de la ley 1437 de 2011 al Concejo de Maicao para que cumpliera con su deber de remitir los antecedentes del acto electoral y decidir de fondo el asunto para evitar concluir que ante la falta de pruebas el cargo no estaba llamado a prosperar, dado que ello redundaría en convertir “verdad electoral” una omisión del operador judicial, olvidando que el medio de control persigue lograr la legitimidad de nuestras instituciones que se soporta en el sentido de los resultados democráticos.

En los anteriores términos, dejo expuesta mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

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



