

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL – Se anula la elección del personero de Tunja periodo 2016

De conformidad con el primer problema jurídico señalado en la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, erró el Tribunal al no encontrar demostrada la configuración de la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994? ¿De conformidad con los problemas jurídicos tercero, cuarto y quinto señalados en la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, erró el Tribunal al declarar la nulidad del acto acusado por las irregularidades que ocurrieron en la ponderación de los resultados de la entrevista? ¿Omitió el Tribunal estudiar otros cargos formulados en la demanda? (...) En el presente caso, dado que se demostró la expedición irregular del acto, así como la inhabilidad del señor Ilban Edilson López Ruiz para poder ser elegido en el cargo, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, ordenará al concejo de Tunja realizar nuevamente, en su totalidad, el concurso de méritos para la elección del personero de dicho municipio, para el período 2016-2019.

INTERES PARA RECURRIR – Requisito necesario para impugnar

El interés para recurrir es uno de los requisitos necesarios para impugnar las providencias judiciales. Sobre su alcance, la doctrina ha sostenido que “(...) [s]e entiende que tiene interés para recurrir la persona perjudicada con la providencia, de manera que si acoge íntegramente las peticiones de una de las partes, esta carecería de interés. (...)” De acuerdo con lo anterior, para determinar si una parte tiene o no interés para recurrir una providencia judicial, debe estudiarse si en ésta fueron acogidas en su totalidad las pretensiones, peticiones o solicitudes puestas bajo el conocimiento del juez. En el presente caso, la Sala considera que le asiste a la parte demandante interés para recurrir la sentencia de primera instancia. Si bien en dicha decisión se ordenó anular el acto demandado, lo cierto es que el Tribunal no lo hizo por la totalidad de los cargos formulados por el actor, sino sólo por uno de éstos. Por lo tanto, es claro que la parte demandante tiene interés para recurrir la sentencia de 9 de febrero de 2017, en cuanto a los cargos que fueron denegados por el Tribunal. Lo anterior adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que dos de los motivos de la impugnación formulados por la parte actora versan sobre el análisis de un cargo que fue negado (la posible inhabilidad del demandado) y la aparente falta de estudio de otros cargos propuestos en el libelo introductorio, que en caso de prosperar implicarían la necesidad de modificar los efectos de la decisión anulatoria.

INHABILIDAD DE PERSONERO – Aplicación de la inhabilidad por celebración de contratos / EJERCICIO DE DERECHOS POLITICOS / ESTÁNDAR INTERAMERICANO / CELEBRACION DE CONTRATOS – Elemento objetivo temporal y espacial de la inhabilidad

En relación con el ejercicio de los derechos políticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que su reglamentación debe tener una finalidad legítima, necesaria y proporcional (...)En primer lugar, como lo sostuvo recientemente en sentencia de 1 de diciembre de 2016, no puede considerarse que la Ley 1551 de 2012 haya derogado tácitamente el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, dado que: (i) no se originó una derogación tácita por regulación integral de la materia, ya que la Ley 1551 de 2012 no se expidió con el fin de regular el régimen de inhabilidades para alcaldes, concejales y personeros municipales; (ii) las modificaciones consagradas en la Ley 1551 de 2012 respecto de la elección de personeros municipales no son incompatibles con el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 (...)la finalidad

perseguida por la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, originada en la celebración de contratos estatales por parte del aspirante, no desapareció con ocasión de la Ley 1551 de 2012. En efecto, según la Sala: (i) las ventajas electorales surgidas con ocasión de la celebración de un contrato estatal no se disipan en el marco del concurso de méritos; y, (ii) la inhabilidad en comento no sólo busca prohibir las ventajas electorales derivadas de la celebración de un contrato estatal, sino también evitar que el personero elegido, en ejercicio de las funciones de ministerio público en el ente municipal, puede ejercer control sobre la contratación administrativa (...) De conformidad con lo expuesto, la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 no vulnera los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, toda vez que contrariamente a lo sostenido por la parte demandada, su finalidad no desapareció con ocasión de la expedición de la Ley 1551 de 2012. Por el contrario, la finalidad de dicha inhabilidad es compatible y armoniza con el procedimiento de selección de los personeros municipales mediante el concurso de méritos, ya que busca restringir las posibles ventajas electorales derivadas de la celebración de contratos estatales por parte de los aspirantes e impedir que contratistas del Estado puedan ejercer posteriormente, en su calidad de personeros, funciones de control sobre la contratación administrativa. Por lo tanto, la Sala concluye que la inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 se encuentra vigente y es aplicable al caso concreto (...) Según el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 los elementos que conforman la inhabilidad para poder ser elegido personero son: Elemento objetivo: Que la persona haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo; Elemento temporal: Que el contrato se celebre durante el año anterior a la elección del personero y elemento espacial: Que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

FUENTE FORMAL: CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS – ARTICULO 23 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 174 LITERAL G

EFFECTOS DE LA SENTENCIA – Ex nunc / EFFECTOS DE LA SENTENCIA – Regla general en materia electoral es que los efectos sean a futuro o ex nunc / EFFECTOS DE LA SENTENCIA – La regla podrá ser variada caso a caso dependiendo del vicio

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la que nos ocupa, ordena: “Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...) 3. En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia”. Sin embargo, nada dice el artículo en comento en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o ex nunc- o hacia el pasado -desde siempre o ex tunc-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular. Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del

sistema democrático mismo. De conformidad con lo anterior, en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016, corresponde a la Sala fijar los efectos de la nulidad que se declarará en esta providencia. Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que aquellos serán hacia el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica. Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTICULO 288

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00119-03

Actor: PEDRO JAVIER BARRERA VARELA

Demandado: ILBAR EDILSON LÓPEZ RUIZ – PERSONERO DE TUNJA – PERÍODO 2016-2019

Asunto: Nulidad Electoral – Fallo de Segunda Instancia

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el actor, el concejo municipal y el demandado, contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que accedió a las pretensiones de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

A través de escrito presentado el 5 de febrero de 2016¹ y subsanado el día 15 del mismo mes y año,² mediante apoderada judicial, el señor **Pedro Javier Barrera Varela** demandó, en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad de la elección del señor **Ilbar Edilson López Ruiz** como

¹ Ver folios 1 a 25 del cuaderno 1.

² Ver folios 90 a 116 del cuaderno 1.

Personero del municipio de Tunja para el período 2016-2019, para lo cual formuló las siguientes pretensiones:

*“(...) **Primero.** Que es Nulo, el acto administrativo por medio del cual se nombró como Personero Municipal de Tunja, para el período 2016-2020 (sic). Al señor ILBAR EDILSON LOPEZ RUIZ.*

***Segundo.** Que, en consecuencia, él debe cesar, de inmediato, en el ejercicio de este cargo, en caso de que ya se haya posesionado, o que debe abstenerse de posesionarse, diligencia que el Concejo Municipal y el Alcalde de la ciudad deben impedir que se lleve a cabo.*

***Tercero.** Que el Concejo Municipal de Tunja, debe proceder, una vez en firme la sentencia, a designar a quien, conforme a la legalidad del proceso concursal surtido para proveer ese cargo, haya, en realidad, ocupado el segundo lugar del concurso, si no presentare causal de inhabilidad, o a quien le siga en la lista, si estuviere habilitado. (...)”*

En el concepto de violación del escrito de subsanación de la demanda el actor formuló los siguientes cargos contra el acto que contiene la declaratoria de la elección del demandado como personero municipal de Tunja:

(i) Inhabilidad del demandado:

El demandante indicó que el acto acusado debe ser anulado por haberse configurado la causal de inhabilidad dispuesta en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, según el cual *“(...) [n]o podrá ser elegido personero quien (...) [d]urante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. (...)”*

Lo anterior debido a que el 24 de septiembre de 2015 el demandado suscribió el contrato de prestación de servicios DP-2584-2015 con la Defensoría del Pueblo, cuya ejecución se extendió por nueve meses. El actor especificó que si bien el lugar de ejecución del contrato era Santa Rosa de Viterbo, el señor López Ruiz debía prestar turno de asesoría una vez por semana en la sede regional de Boyacá en Tunja. En ese sentido señaló que en desarrollo del referido contrato, el demandado adelantó una acción de tutela ante el Juez Quinto Administrativo de Tunja, con número de radicación 2015-00155.

(ii) Desviación del poder:

Según el demandante esta causal de nulidad del acto demandado se configuró en la etapa de entrevista del concurso de méritos adelantado para designar al personero municipal de Tunja, dado que hubo una deliberada manipulación de los

puntajes asignados al señor López Ruiz y al hoy actor, que tuvo como propósito favorecer al primero.

Al respecto precisó que sin razón alguna el concejo calificó al señor Barrera con un puntaje de 3,82%, el cual consideró que se encontraba muy por debajo de la media, mientras que el señor López se le otorgó un puntaje de 9,65%.

Luego el actor indicó que en la entrevista se incurrieron en las siguientes falencias:

- La entrevista fue precaria porque únicamente se realizaron dos preguntas a los entrevistados que no permitían establecer diferencias cualitativas entre ellos.
- El concejo desnaturalizó la entrevista porque versó sobre los conocimientos de los entrevistados y no sobre otros aspectos que no se podían apreciar en la prueba de conocimientos.
- No se emplearon herramientas o instrumentos válidos o confiables, ya que se formularon preguntas abiertas que permitieron un enorme grado de ambigüedad y subjetividad en su apreciación y valoración.
- La entrevista no fue transparente porque tuvo como propósito favorecer al demandado.
- Las preguntas realizadas en la entrevista no permitieron apreciar la adecuación de los candidatos al perfil del cargo.

(iii) Infracción de normas superiores:

El demandante adujo que el acto acusado violó las normas en que ha debido fundarse, en particular los artículos 13 y 29 de la Constitución Política; 174 de la Ley 136 de 1994; 3, 34, 37, 38, 42, 45 y 65 de la Ley 1437 de 2011; la Ley 909 de 2004 y la Ley 1551 de 2012.

Lo anterior debido a que:

- El demandado estaba inhabilitado por lo que no podía ser elegido en el cargo.
- En el concurso de méritos que condujo a la elección del demandado se quebrantaron los principios de igualdad, imparcialidad, buena fe, transparencia y eficacia.
- En la entrevista se violaron los principios consagrados en la Ley 909 de 2004, a saber, entre otros, el mérito, la transparencia la gestión de los procesos de selección, la garantía de imparcialidad y la confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes.

Por último el actor reprochó que el concejo municipal de Tunja incurrió en defecto fáctico, material o sustantivo, falta de motivación y desconocimiento del precedente en la realización de la entrevista, por las razones previamente expuestas.

Con fundamento en lo anterior también solicitó la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

1.2. Admisión de la demanda

Luego de que fuera subsanada, el despacho admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado en auto de 2 de marzo de 2016.³

1.3. Reforma de la demanda

En memorial radicado el 08 de marzo de 2016,⁴ la apoderada del demandante reformó la demanda, en cuanto a los hechos, el concepto de violación y las pruebas solicitadas. La reforma de la demanda fue admitida mediante auto de 17 de marzo de 2016.⁵

1.4. Contestaciones⁶

1.4.1. Demandado

El demandado allegó la contestación de la demanda mediante memorial radicado el 20 de febrero de 2016,⁷ en la cual:

1.4.1.1. Propuso las excepciones previas de indebida integración del petitum, ineptitud de la demanda por incumplimiento de requisitos formales, inexistencia de la adecuación de la demanda, indebida individualización del acto demandado, indebida representación e indebida acumulación de pretensiones.

1.4.1.2. En relación con la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la ley 136 de 1994, manifestó que ésta no se configuró porque: (i) el contrato invocado por el actor para demostrar esta inhabilidad fue celebrado con un órgano autónomo del orden nacional y no con una entidad pública del orden municipal; (ii) el contrato debía ser ejecutado en Santa Rosa de Viterbo y no en Tunja; (iii) si bien en virtud del contrato el señor López Ruiz tenía que asistir dos veces a la semana a las oficinas de la Defensoría del Pueblo en Tunja, este hecho no prueba por sí solo que su ejecución debía realizarse en tal municipio; (iv) debido a que la forma de selección de los personeros fue modificada por la Ley 1551 de 2012, por

³ Ver folios 162 a 167 del cuaderno 1.

⁴ Ver folios 178 a 181 del cuaderno 1.

⁵ Ver folios 192 a 193 del cuaderno 1.

⁶ Mediante auto de 17 de junio de 2016, al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de las excepciones previas y mixtas, se ordenó la desvinculación del municipio de Tunja del proceso, razón por la cual no se incluye la contestación presentada por esa entidad en los antecedentes de esta providencia.

⁷ Ver folios 242 a 315 del cuaderno 1.

la cual actualmente debe realizarse mediante concurso de méritos, la inhabilidad objeto de estudio es inaplicable; (v) no existe prueba que los concejales de Tunja se hubieran beneficiado con ocasión de la ejecución del contrato.

1.4.1.3. Respecto a la causal de desviación de poder, por favorecimientos en la entrevista, el apoderado del demandado adujo que este cargo está fundado en especulaciones realizadas por el actor. En ese sentido, agregó que de conformidad con la Ley 1551 de 2012 los concejales están revestidos de libertad para apreciar la entrevista, sin que esta etapa se sujetara a un procedimiento específico.

1.4.1.4. Propuso la excepción de inconstitucionalidad frente a la aplicación del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, dado que en su sentir la inhabilidad allí consagrada, originada en la celebración de contratos, no es aplicable toda vez que actualmente los personeros son elegidos mediante concurso de méritos según la regulación contenida en la Ley 1551 de 2012.

1.4.2. Concejo de Tunja⁸

A través de escritos presentados el 4 de agosto de 2016,⁹ la apoderada del concejo presentó la contestación de la demanda y escrito separado de excepciones previas y mixtas, frente a los cuales se destaca que:

1.4.2.1. Alegó que no se configuró la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 porque: (i) el contrato que supuestamente originó la inhabilidad fue celebrado por un órgano autónomo que no puede considerarse como una entidad u organismo del sector centralizado o descentralizado de cualquier nivel administrativo; (ii) debido a que la Ley 1551 de 2012 modificó la forma de designación de los personeros al establecer el concurso de méritos, la inhabilidad consagrada en la norma referida ya no se encuentra vigente.

1.4.2.2. Manifestó que el cargo de desviación de poder alegado en la demanda está fundado en conjeturas e hipótesis.

1.4.2.3. Formuló la excepción de caducidad de la reforma de la demanda.

1.4.3. Escuela Superior de Administración Pública

Mediante escrito presentado el 31 de marzo de 2016, la ESAP solicitó negar las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes excepciones de fondo:

1.4.3.1. La *“falta de potestad para determinar la inhabilidad”*, de acuerdo con la cual dentro de la realización del concurso de méritos no le correspondía a la ESAP

⁸ Mediante auto de 17 de junio de 2016, al resolverse el recurso de apelación interpuesto contra la decisión de las excepciones previas y mixtas, se ordenó la vinculación del concejo de Tunja.

⁹ Ver folios 636 a 662 del cuaderno 3.

determinar las posibles inhabilidades de los concursantes, función que le correspondía al nominador, en este caso el concejo de Tunja.

1.4.3.2. La “*inexistencia del hecho acusado*”, según la cual si bien no le correspondía a la ESAP determinar las inhabilidades de los concursantes, en todo caso en el presente caso no se materializó en el demandado aquélla regulada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, dado que la Defensoría del Pueblo no forma parte de las entidades u organismos que conforman el sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo del municipio de Tunja.

1.4.3.3. La “*inexistencia de responsabilidad frente al hecho acusado*”, porque la ESAP no participó en la realización de la entrevista, etapa que fue llevada a cabo por el concejo.

1.5. Trámite del proceso en primera instancia

A través de memorial presentado el 06 de mayo de 2016,¹⁰ el apoderado del demandado formuló incidente de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda y vulneración del debido proceso por la admisión de su reforma.

Mediante escrito radicado el 06 de mayo de 2016,¹¹ la señora Gloria Lucero Sacristán Guacheta intervino en el proceso en calidad de impugnadora.

El 10 de mayo de 2016¹² la Magistrada Ponente dio inicio a la audiencia inicial, diligencia en la cual negó las nulidades propuestas por las partes en la etapa del saneamiento del proceso, se pronunció sobre las excepciones previas y mixtas propuestas, la fijación del litigio y las pruebas solicitadas por las partes.

Debe resaltarse que si bien las partes interpusieron recursos contra la decisión de las excepciones previas, el *a quo* los concedió en el efecto devolutivo, razón por la cual en dicha fecha finalizó la audiencia inicial. Así mismo, a pesar de los recursos interpuestos, el *a quo* realizó la audiencia de pruebas¹³ y corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Al conocer los recursos de apelación contra el pronunciamiento sobre las excepciones previas, la Sección Quinta, a través de auto de 17 de junio de 2016,¹⁴ revocó la decisión de no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el municipio de Tunja. En consecuencia, ordenó su desvinculación del proceso y, en su lugar, vincular al concejo de esa entidad territorial. Así mismo, ordenó al Tribunal realizar nuevamente aquellas actuaciones afectadas por esa decisión.

¹⁰ Ver folios 338 a 350 del cuaderno 2.

¹¹ Ver folios 354 a 366 del cuaderno 2.

¹² Ver folios 367 a 371 del cuaderno 2.

¹³ Ver folios 425 a 430 del cuaderno 2.

¹⁴ Ver folios 251 a 268 del cuaderno de la apelación.

Luego, el *a quo* retomó la audiencia inicial el 6 de septiembre de 2016,¹⁵ en la cual se pronunció sobre el saneamiento del proceso y encontró probada la excepción de caducidad de la reforma de la demanda propuesta por la apoderada del concejo. Esta última decisión fue apelada por el actor. Así mismo, la Magistrada Ponente concedió el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la decisión de declarar imprósperas las excepciones propuestas por esa parte.

En auto de 29 de septiembre de 2016,¹⁶ la Sección Quinta revocó la decisión de declarar probada la excepción de caducidad de la reforma de la demanda y confirmó aquella consistente en estimar no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

Posteriormente, el *a quo* reanudó la audiencia inicial el 24 de octubre de 2016,¹⁷ diligencia en la cual realizó nuevamente la fijación del litigio en los siguientes términos:

“(…) Los interrogantes que orientarán la decisión de fondo se plantearon:

1. ¿El señor Ilbar Edilson López Ruiz cuando fue elegido Personero Municipal de Tunja para el período 2016 a 2020, estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 por haber ejecutado un contrato de prestación de servicios de representación judicial con la Defensoría del Pueblo?

2. ¿El acto de nombramiento del Personero Municipal de Tunja para el período 2016 a 2020 fue proferido con infracción a las normas en que debía fundarse, al desatender parámetros dispuestos en la Ley 909 de 2004 y precedentes jurisprudenciales aplicables?

3. ¿El acto de elección del Personero Municipal de Tunja para el período 2016 a 2020 fue expedido con desviación de poder al manipular los puntajes asignados en la entrevista al elegido y al demandante?

4. ¿La entrevista se ajustó a los parámetros de transparencia, imparcialidad y garantía al debido proceso del demandante? (...)

[5.] ¿Cómo se obtuvieron los resultados de la entrevista? (...)”

Así mismo, en esta oportunidad el despacho ponente se pronunció nuevamente sobre las pruebas solicitadas por las partes y fijó la fecha para la audiencia de pruebas, la cual se llevó a cabo los días 4 y 17 de noviembre de 2016.¹⁸

En el término para alegar de conclusión intervinieron la apoderada del demandante,¹⁹ el apoderado del demandado,²⁰ el apoderado de la ESAP²¹ y la

¹⁵ Ver folios 685 a 687 del cuaderno 2.

¹⁶ Ver folios 697 a 712 del cuaderno de la apelación.

¹⁷ Ver folios 743 a 745 del cuaderno 3.

¹⁸ Ver folios 760 a 765 y 777 a 779 del cuaderno 4.

¹⁹ Ver folios 810 a 817 y 936 a 952 del cuaderno 4.

apoderada del concejo de Tunja.²² En esta oportunidad, las partes reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del proceso.

Sin embargo, debe resaltarse que en los alegatos de conclusión de primera instancia el apoderado del demandado solicitó: (i) la inaplicación del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, con fundamento en la necesidad de realizar un control de convencionalidad respecto de esa disposición; y, (ii) la suspensión del proceso por prejudicialidad, debido a que el actor inició un medio de control de nulidad contra el acto demandado dentro del presente proceso de nulidad electoral.

Finalmente, el agente del Ministerio Público en primera instancia, en concepto rendido el 14 de diciembre de 2016,²³ solicitó negar las pretensiones de la demanda.

1.6. Sentencia recurrida

En sentencia de 09 de febrero de 2017, la Sala de Decisión No. 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá falló:

*“(...) 1. **No próspera** la excepción de inconstitucionalidad propuesta por el apoderado del demandado Ilbar Edilson López Ruiz respecto del literal g) del artículo 174 de la ley 136 de 1994, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

*2. **Declarar la nulidad** de la elección del ciudadano Ilbar Edilson López Ruiz identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.312.193 de Chiquinquirá como Personero del Municipio de Tunja para el período 2016-2019, contenida en el acta de sesión plenaria ordinaria No. 009 del 10 de enero de 2016.*

3. Como consecuencia de lo anterior para la elección del Personero, el Concejo Municipal de Tunja deberá ponderar las calificaciones individuales obtenidas por los concursantes en la entrevista realizada el 7 de enero de 2016, de acuerdo con los principios del debido proceso, buena fe y transparencia, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia y la regla del concurso.

4. Aceptar la renuncia presentada por la abogada Nubia Lorena Daza López, como apoderada del Concejo Municipal de Tunja. La renuncia surtirá efectos de conformidad con el artículo 76 del CGP.

²⁰ Ver folios 818 a 929 del cuaderno 4.

²¹ Ver folios 930 a 935 del cuaderno 4.

²² Ver folios 952 a 963 del cuaderno 5.

²³ Ver folios 796 a 807 del cuaderno 4.

5. En firme esta Sentencia por Secretaría archívese el expediente, previas las anotaciones del caso. (...)"

En las consideraciones de esta providencia se destaca que:

1.6.1. El Tribunal negó la solicitud de suspensión del proceso por prejudicialidad. Al respecto el *a quo* afirmó que los medios de control de nulidad y restablecimiento y de nulidad electoral tienen una diferente naturaleza. En todo caso, sostuvo que la prejudicialidad afecta el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho y no al proceso electoral.

1.6.2. Respecto a la inhabilidad contemplada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994:

1.6.2.1. Si bien la solicitud de inaplicación del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 con ocasión del control de convencionalidad no fue objeto de fijación del litigio, sino que fue pedida en los alegatos de conclusión, el Tribunal procedió a su estudio en la sentencia recurrida.

Luego de citar el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y distintos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el *a quo* la restricción para el ejercicio de cargos públicos consagrada en la norma inhabilitante en comento es proporcional y adecuada a los fines que persigue.

En ese sentido, el Tribunal afirmó que el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 se adecúa a lo dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica.

Finalmente, destacó que la interpretación del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Leopoldo López, sentencia que fue mencionada en los alegatos de conclusión, se originó en un caso con supuestos fácticos distintos al presente. El *a quo* precisó que en ese ocasión se discutió la imposición de una restricción al derecho a ser elegido por voto popular por parte de una autoridad administrativa, mientras que en el *sub judice* se discute la limitación para ejercer un cargo público impuesta por el Legislador.

1.6.2.2. Negó la solicitud de inaplicar el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, por la vía de la excepción de constitucionalidad. Al respecto el Tribunal consideró que a pesar de las modificaciones introducidas por la Ley 1551 de 2012 en la forma de designación de los personeros, el régimen de inhabilidades para el ejercicio de dicho cargo no sufrió modificaciones.

Agregó que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia de 1º de diciembre de 2016, radicado 2016-00079-03, determinó que la inhabilidad contenida en dicha norma es compatible con la regulación del concurso de méritos para la elección de personeros dispuesta en la Ley 1551 de 2012.

Por lo tanto, concluyó que la inhabilidad objeto de estudio no atenta contra los principios de elección a través de concursos de méritos.

1.6.2.3. Luego de explicar la naturaleza de la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, el Tribunal indicó respecto a ésta que: (i) es aplicable para los contratos celebrados con la Defensoría del Pueblo, para lo cual citó el precedente contenido en la sentencia de 1º de marzo de 2007 de la Sección Quinta del Consejo de Estado; (ii) el período inhabilitante es el año anterior a la elección; (iii) para que se materialice la inhabilidad, se requiere que el contrato deba ser ejecutado en el respectivo municipio.

1.6.2.4. Al estudiar el caso concreto, el *a quo* concluyó que no se demostró la materialización de la inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, toda vez que si bien se probó que dentro del período inhabilitante el señor López Ruiz celebró el contrato de prestación de servicios No. DP-2584-2015 con la Defensoría del Pueblo, éste se debía ejecutar en el circuito judicial de Santa Rosa de Viterbo y no en el municipio de Tunja.

Al respecto el Tribunal agregó que en el contrato no se especificó el lugar del cumplimiento de la obligación relacionada con la prestación de turnos, pues dicho asunto se dejó en consideración de la entidad contratante una vez se iniciara la ejecución del contrato.

Por lo tanto, afirmó que *“(...) cuando Ilbar Edilson López Ruiz suscribió el contrato de prestación de servicios con la Defensoría del Pueblo no se plasmó que la intención de las partes fuera que alguna obligación se cumpliría en el Municipio de Tunja. Por ello, resulta irrelevante que durante la ejecución del contrato, el demandado haya presentado una acción de tutela en el circuito judicial de Tunja como abogado delegado de la entidad pública (...); y recordó que para la configuración del presupuesto territorial de la inhabilidad se requiere el lugar de ejecución del contrato se haya pactado de forma expresa, sin que sea necesario atender el lugar donde posteriormente se cumplieron las obligaciones.*

1.6.3. Luego de analizar conjuntamente los artículos 3, 5 de la Ley 909 de 2004 y 2 del Decreto 2485 de 2014, el Tribunal concluyó que la Ley 909 de 2004 no es aplicable al concurso de méritos de personeros municipales, en tanto se trata de un empleo público con período fijo que fue excluido de forma expresa de la carrera administrativa. Por lo tanto, precisó que la modificación del mecanismo para su designación no cambió la naturaleza jurídica de dicho empleo.

1.6.4. De la valoración de las pruebas obrantes en el proceso respecto a la realización y calificación de las entrevistas, el *a quo* concluyó que se demostró la expedición irregular del acto acusado por los siguientes motivos:

1.6.4.1. En la entrevista llevada a cabo el 7 de enero de 2016, según el registro magnético que obra a folio 392, se fijó como regla que los concejales calificarían a los concursantes con puntajes del 1 al 10.

1.6.4.2. Esa regla fue atendida por la mayoría de los concejales, excepto por los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez: el primero calificó a los concursantes en un rango entre 10 y 90 y la segunda en un rango entre 6 a 80.

1.6.4.3. Examinados los resultados promediados de la entrevista, el Tribunal concluyó que la lógica utilizada por el concejo para enmendar ese yerro consistió en:

- En el caso del yerro cometido por Nelson Pérez, a aquellos concursantes que obtuvieron un puntaje entre 20 y 90, se eliminó el cero con el objeto de que el resultado quedara con una cifra. Sin embargo, a los dos concursantes que obtuvieron 10 puntos (los señores Edilson López Ruiz y Wilfredo Ramírez) no se les modificó el puntaje.
- En el caso del yerro cometido por la señora Diana Paola Rodríguez, a aquéllos concursantes que fueron calificados con una cifra no se les modificó el puntaje. En cambio, a los que fueron calificados con dos cifras el resultado fue convertido en una, excepto en el caso de Ilbar Edilson López Ruiz que quedó con 10 puntos.

1.6.4.4. El a quo determinó que esta irregularidad afectó el resultado de la elección, dado que de haberse convertido el puntaje del demandado a una cifra, éste no habría podido obtener el primer lugar dentro del concurso de méritos. Por lo tanto concluyó que *“(...) la modificación realizada a los puntajes asignados por los Concejales Diana Paola Rodríguez y Nelson Pérez sin atender las reglas del concurso y la lógica, afectó de forma directa el sentido de la elección del Personero de Tunja, de manera que la irregularidad tiene la fuerza para despojar la presunción de legalidad del acto demandado. Si esta no se hubiese presentado, el primer puesto de la lista de elegibles no sería ocupado por Ilbar Edilson López Ruiz (...)”*.

1.6.4.5. Luego, el Tribunal encontró que no eran de recibo las manifestaciones realizadas por el concejal Anderson Mendivelso en testimonio rendido en el proceso, según las cuales el deseo de los concejales Nelson Pérez y Diana Rodríguez era fijar el máximo puntaje al demandado en la entrevista, puesto que el procedimiento exigía que esta voluntad quedara plasmada en las planillas de calificación.

1.6.4.6. En relación con el cargo de desviación de poder en la realización de la entrevista, el Tribunal aseveró que *“[s]i bien en la demanda se propuso la desviación de poder en relación con estas mismas irregularidades y no se adujo la expedición irregular del acto, lo cierto es que el juez de la nulidad electoral tiene la carga de evidenciar aquellas ilegalidades del acto que afectan su validez, y que a la postre minen las condiciones de elección establecidas en la Constitución, así como los límites de los poderes administrativos para la designación de servidores públicos. Este control que ejerce la jurisdicción, forma parte del recurso judicial efectivo según lo ordenado en el artículo 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.”*

1.6.5. Debido a que los vicios de la elección se configuraron en la ponderación de las calificaciones asignadas a los candidatos por cada uno de los concejales en la entrevista, el Tribunal moduló los efectos de la decisión anulatoria, con el fin de que se ordene la realización de nuevos cálculos matemáticos para la obtención de los resultados finales, sin que la nulidad se extienda hasta la entrevista, pues esta y las actuaciones anteriores no resultaron afectadas.

1.6.6. Finalmente, el Tribunal aceptó la renuncia al poder presentada por la apoderada del concejo municipal de Tunja.

1.7. Recursos de apelación

1.7.1. Demandante

A través de escrito remitido por correo electrónico el 24 de febrero de 2017,²⁴ la apoderada del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, en el cual manifestó los siguientes motivos de inconformidad:

1.7.1.1. Manifestó que en el proceso se demostró la materialización de la causal de inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, dado que en la cláusula octava, numeral cuarto, del contrato celebrado entre el demandado y la Defensoría del Pueblo se pactó como lugar de ejecución el municipio de Tunja.

Agregó que según el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, se debe atender a los hechos ocurridos en la realidad, más que a lo establecido en las fuentes contractuales. En ese sentido, señaló que en el expediente se probó que el señor Ilbar López ejerció funciones de la Defensoría del Pueblo en Tunja.

Por lo tanto, concluyó que así no estuviere estipulado en el contrato el territorio donde se ejercerían las funciones, debe atenderse con prioridad, y por encima de lo pactado en el papel, las posibles influencias que el ejercicio de funciones públicas pudo generar para obtener el voto favorable.

1.7.1.2. Reprochó que el Tribunal no hubiera estudiado los cargos de desviación de poder en la realización de la entrevista y falta de motivación en las calificaciones, por lo que pidió que este fuera analizado en el recurso de alzada. Para tal efecto, reiteró los hechos y pruebas que en su sentir demuestran la configuración de ese cargo. Consecuentemente, pidió que la declaratoria de la nulidad se extendiera desde la entrevista y no desde la ponderación de los resultados de esa prueba.

1.7.2. Concejo de Tunja

²⁴ Ver folios 1045 a 1051 del cuaderno 5.

A través de recurso presentado el 27 de febrero de 2017,²⁵ el Tribunal solicitó revocar la sentencia de primera instancia por las siguientes razones:

1.7.2.1. Luego de explicar la argumentación expuesta por el *a quo* para encontrar demostrada la expedición irregular del acto demandado, el apoderado del Concejo de Tunja aceptó que los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez incurrieron en un error formal al calificar las entrevistas.

Sin embargo, estuvo en desacuerdo con la conclusión del Tribunal según la cual fue irregular la corrección de ese yerro realizada por el concejo al ponderar los resultados de la entrevista.

En ese sentido indicó que *“(..) [t]enemos, entonces, recapitulando de nuevo: que dos concejales se equivocaron de escala, y para corregirlo, el Concejo convirtió un puntaje menor en uno mayor, de acuerdo con las aclaraciones que ellos hicieron, una vez requeridos al efecto. Y que esa rectificación se justifica jurídicamente como ejercicio del poder-deber de corrección de errores formales y de saneamiento de los procedimientos administrativos. // Así las cosas, ha quedado desvirtuado el planteamiento hecho por el a-quo para justificar la decisión anulatoria que adoptó y que aquí impugnamos.”*

1.7.2.2. Cuestionó la conclusión del Tribunal según la cual la expedición del acto demandado atentó contra el debido proceso y los principios de buena fe, confianza legítima y transparencia.

1.7.2.3. El apoderado del concejo reprochó la valoración realizada por el *a quo* respecto del testimonio rendido por el concejal Anderson Mendivelso. Al respecto manifestó que dicha declaración, según la cual los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez tuvieron la intención de otorgar el máximo puntaje a la entrevista del demandado, debía ser tenida en cuenta a pesar de que dichas personas incurrieron en error al consignar el resultado en la plantilla.

1.7.2.4. Por último, afirmó que el concejo lleva consigo la representación popular, por lo que el error en la asignación de puntajes por parte de 2 de los 17 concejales, no debería ser suficiente para invalidar la calificación mayoritaria.

1.7.3. Demandado

A través de correo electrónico remitido el 3 de marzo de 2017,²⁶ el apoderado del demandado solicitó revocar el fallo de primera instancia por los siguientes motivos:

1.7.3.1. Reprochó que el Tribunal hubiera negado la aplicación de los principios contenidos en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de las limitaciones en el ejercicio de los derechos políticos reseñadas por esta parte en los alegatos de conclusión de primera instancia.

²⁵ Ver folios 1060 a 1076 del cuaderno 5.

²⁶ Ver folios 1109 a 1149 del cuaderno 5.

Al respecto, el apoderado del demandado aseveró que *“(...) el sentido de aplicación dado en la sentencia recurrida respecto del control de convencionalidad no fue el debido en sentido lato o estricto, pues mi querer no era la aplicación rígida de las decisiones allí contenidas, sino la aplicación de las reglas interpretativas de las normas de acceso y retiro de la función pública (proporcionalidad, razonabilidad y necesidad), reglas aplicables como fuentes interpretadoras de aquellas que regulan temas como el de las inhabilidades (derivado del artículo 23 de la Convención), (...) mas no del sentido decisorio de las respectivas providencias. (...)”*

Sostuvo que en este caso existe una fricción entre el derecho político consagrado en la Convención Americana con la inhabilidad en estudio, como consecuencia del cambio en el sistema de elección de los personeros municipales introducido por la Ley 1551 de 2012, de acuerdo con la cual la designación debe realizarse por concurso de méritos.

Por lo tanto, expresó que la aplicación de la inhabilidad tipificada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 contraría los principios de proporcionalidad, razonabilidad y necesidad desarrollados en las sentencias proferidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dado que el sentido y finalidad de dicha inhabilidad desaparece bajo el sistema de elección por concurso de méritos.

En ese sentido, luego de hacer un extenso estudio normativo y jurisprudencial de la interpretación teleológica de la inhabilidad contenida en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, y de la actual forma de elección de los personeros municipales por concurso de méritos, el apoderado del demandado concluyó que en el actual contexto normativo, *“(...) se modificó el espectro de injerencia que pueda llegar a tener un contratista en su elector, pues escapa del espíritu mismo de la inhabilidad, pues el concurso se estableció precisamente para romper con esas posibilidades de manejo político de la elección de personeros, lo que rompe con la suposición de la injerencia de un contratista en éste. / / No podría entenderse como, en el caso particular, el cumplimiento parcial de un contrato en la ciudad de Tunja podría llegar a influir en las decisiones de calificación de hojas de vida y aptitudes efectuadas por la ESAP, cuando ello depende de puntuaciones regladas (...)”*

1.7.3.2. Respecto a la materialización de esta inhabilidad, el apoderado del demandado insistió en que no se configuraron los requisitos dispuestos en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 porque:

- Los procedimientos efectuados para la asignación de casos en desarrollo del contrato objeto de estudio eran ajenos a circunstancias políticas y legales, por lo que los concejales no tenían influencia alguna.
- El ejercicio de la acción de tutela obrante en el proceso, la cual fue interpuesta por el demandado con ocasión del contrato, no tuvo impacto en Tunja dado que la beneficiaria residía en Chiquinquirá y su esposo en Bogotá.

- Los comités de verificación a los que asistió el demandado con ocasión del contrato celebrado con la Defensoría del Pueblo versaron sobre acciones populares que se debían cumplir en el circuito de Santa Rosa de Viterbo.
- Los concejales que eligieron al demandado solo habían desempeñado el cargo por un período de 05 días, dentro de los cuales el accionado no ejecutó labores de asistencia a las sesiones de atención al usuario en la sede regional de la Defensoría del Pueblo, es decir que no existió concomitancia entre el ejercicio de la función del demandado en la sede de Tunja con el ejercicio propio del cargo de los concejales.
- No se cumplió el elemento temporal de la inhabilidad porque *“(...) tenemos que el actor allegó contrato de prestación de servicios suscrito entre el accionado y la Defensoría del Pueblo (folio 71 a 78), el que fuera suscrito el 24 de septiembre de 2015, dentro de los cuatro meses anteriores a la fecha de la elección, razón por la cual no se cumple el requisito legal de la existencia del contrato durante el año anterior a la fecha de elección (...)”*.
- La inhabilidad en comento por intervención en la celebración de contratos no se configura respecto a la elección del personero cuando el contrato es celebrado con una entidad autónoma del orden nacional, como la Defensoría del Pueblo.

1.7.3.3. El apoderado del demandado aseveró que el Tribunal incurrió en un exceso ritual manifiesto en la sentencia recurrida por *“(...) la omisión que se efectuó de la argumentación efectuada por el suscrito en los alegatos de conclusión respecto de la consideración probatoria de las declaraciones notariales (obrantes en el plenario) que dan cuenta de la declaración del sentido de la votación efectuada por dos concejales a mi defendido, y que fueron el punto central para declarar la nulidad del acto demandado. (...)”*

Al respecto explicó que en la audiencia de pruebas, la apoderada del concejo allegó dos declaraciones notariales de los concejales Nelson Pérez y Diana Rodríguez, donde expresaban el sentido de su voto hacia el demandado Ilbar López, en las que concluyeron que ellos le asignaron la mayor votación.

Ante ese hecho, el apoderado del demandado solicitó al *a quo* decretar de oficio los testimonios de esas personas, petición que fue despachada de manera negativa, situación que en su sentir conllevó a la postre a decretar la nulidad del acto demandado.

Por lo tanto, concluyó que el Tribunal incurrió en un exceso ritual porque no decretó de oficio las pruebas referidas y desconoció las declaraciones notariales allegadas al proceso, lo que produjo incertidumbre acerca del sentido de la votación realizada por los concejales Nelson Pérez y Diana Rodríguez.

1.7.3.4. El recurrente alegó un desconocimiento del procedimiento de consolidación de los resultados de la entrevista.

Luego de explicar las reglas para la prueba, el apoderado del demandado manifestó que la obtención de los resultados de la entrevista debía realizarse a través de la fórmula de la media aritmética, correspondiente a “*sumar todos los datos válidos de una muestra y dividir el resultado entre el número total de datos*” y la posterior ponderación del puntaje de acuerdo a su valor correspondiente frente a las demás pruebas del concurso de méritos.

De conformidad con esta metodología, afirmó que aun cuando “*(...) existan datos equívocos si la mayoría de los puntajes son consistentes y coherentes según las normas del concurso, son suficientes para aplicar la fórmula de la media aritmética y asignar el puntaje correspondiente toda vez que quince (15) concejales de diecisiete (17) respetaron las reglas del concurso, proporción mayoritaria para adoptar una decisión formalmente válida sin incurrir en ningún tipo de discriminación entre los participantes (...).*”

Así mismo, consideró que el Tribunal, para efectos de calcular la incidencia de las irregularidades derivadas de la ponderación las entrevistas, no podía convertir los resultados obtenidos por los concursantes que obtuvieron 10 puntos en tal prueba, ya que esta calificación dentro de la escala de puntajes fijada en las reglas establecidas por el concejo. En ese sentido, el recurrente adujo que los únicos puntajes que podían ser convertidos en cifras de un dígito eran aquéllos comprendidos entre $1 \leq x \leq 10$, lo que impedía convertir el puntaje obtenido por el demandado que era de 10.

Consecuentemente, agregó que para poder determinar el resultado consolidado obtenido por el demandado en la etapa de entrevista, se debía hacer la media aritmética de las calificaciones realizadas por los 17 concejales, ya que en todas ellas los puntajes estuvieron comprendidos en la escala del 1 al 10.

1.7.3.5. El apoderado del demandado increpó la existencia de una vulneración del precedente horizontal, dado que el *a quo*, en un caso similar, correspondiente al estudio de una nulidad electoral contra la elección del personero de Sora, Boyacá, adoptó un criterio diferente.

Al respecto precisó que en ambos casos, hubo concejales que se abstuvieron de seguir el protocolo de calificación. Sin embargo, en el caso referido, el Tribunal concluyó que dicha discrepancia no podía ser motivo suficiente para declarar la ilegalidad de la elección

1.7.3.6. El recurrente cuestionó que el *a quo* no hubiera valorado las declaraciones notariales obrantes en el proceso, en las cuales los concejales Nelson Pérez y Diana Rodríguez explicaron las calificaciones realizadas respecto de las entrevistas y su intención de otorgarle el mayor puntaje al demandado.

1.7.3.7. De manera subsidiaria, el apoderado del demandado solicitó que en caso de confirmarse la nulidad del acto acusado, se ordene: (i) realizar la ponderación de los resultados de la entrevista exclusivamente entre los puntajes comprendidos

en la escala entre el 1 y el 10; (ii) en el evento que las escalas utilizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Rodríguez no sean consistentes con dichas escalas, que la ponderación se realice con base en el registro de calificación realizado por los quince concejales restantes.

1.8. Concesión y admisión de los recursos

Los anteriores recursos fueron concedidos y admitidos mediante autos de 7²⁷ y 31²⁸ de marzo de 2017, respectivamente.

1.9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

En esta etapa procesal se realizaron los siguientes pronunciamientos:

1.9.1. Concejo de Tunja

El apoderado del Concejo de Tunja, mediante escrito presentado el 18 de abril de 2017,²⁹ solicitó que se tuvieran en cuenta los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por esta parte.

Manifestó que el recurso del actor no debió ser concedido, ni admitido, por la inexistencia de un interés para recurrir, dado que en la sentencia se acogieron las pretensiones de la demanda.

En todo caso, aseveró que los motivos de inconformidad desarrollados en el recurso de apelación de la parte demandante no están llamados a prosperar porque la argumentación expuesta para el *a quo* para no encontrar demostrada la inhabilidad es jurídicamente sólida.

El apoderado del concejo agregó que en la sentencia recurrida, contrariamente a lo sostenido por el demandante, el Tribunal realizó el estudio de la causal de desviación del poder, pero concluyó que este vicio no se materializó, sino que el acto debía ser anulado por su expedición irregular. En todo caso, insistió en que no se demostró en el proceso una desviación del poder.

Por último, precisó que la acusación del actor según la cual en la sentencia no se estudió la falta de motivación de las calificaciones atribuidas es un cargo nuevo que no fue planteado a lo largo del proceso.

1.9.2. Demandante

En los alegatos de conclusión presentados el 18 de abril de 2017,³⁰ la apoderada de la parte demandante sintetizó los motivos de inconformidad expuestos en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

²⁷ Ver folio 1151 del cuaderno 5.

²⁸ Ver folio 1158 del cuaderno de la apelación de la sentencia.

²⁹ Ver folios 1173 a 1180 del cuaderno de la apelación de la sentencia.

³⁰ Ver folios 1181 a 1184 del cuaderno de la apelación de la sentencia.

1.9.3. Demandado

A través de correo electrónico remitido el 19 de abril de 2017,³¹ el apoderado del demandado presentó los alegatos de conclusión de segunda instancia. En estos reiteró los argumentos expuestos en su recurso de apelación contra la sentencia impugnada. Así mismo, consideró que los motivos de inconformidad propuestos en el recurso de apelación interpuesto por el actor, en especial en lo concerniente a la materialización de la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, no pueden ser estudiados porque desbordan los cargos formulados en la demanda.

1.10. Concepto del agente del Ministerio Público en segunda instancia

En concepto rendido el 26 de abril de 2017,³² el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó confirmar la sentencia recurrida.

Contrariamente a lo sostenido por el *a quo*, afirmó que en el presente caso se demostró la materialización del literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, dado que en el proceso se probó que el contrato suscrito entre el demandado y la Defensoría del Pueblo también se debía ejecutar en Tunja.

Respecto al cargo de desviación del poder, concluyó que en el proceso se demostró que la etapa de entrevista fue arbitraria y caprichosa, por lo que se debe ordenar realizar una nueva entrevista bajo los parámetros de racionalidad.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.8 y 292 del C.P.A.C.A. corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por el actor, el concejo municipal y el demandado contra la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo de Tunja, que accedió a las pretensiones de la demanda.

2.2. Acto demandado

Corresponde al acto de elección del personero de Tunja para el período 2016-2019, contenido en el acta No. 009 de la sesión plenaria ordinaria del concejo de Tunja realizada el 10 de enero de 2016, obrante a folios 142 a 158 del cuaderno 1.

2.3. Cuestión previa

Antes de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala determinará si el demandante tenía interés para recurrir la sentencia de primera instancia, ya que

³¹ Ver folio 1186 del cuaderno de la apelación de la sentencia.

³² Ver folios 1188 a 1199 del cuaderno de la apelación de la sentencia.

en sentir del apoderado del concejo municipal de Tunja, como lo expuso en los alegatos de conclusión de segunda instancia, este requisito para la concesión y admisión del recurso no se cumplió. Lo anterior debido a que el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda.

El interés para recurrir es uno de los requisitos necesarios para impugnar las providencias judiciales. Sobre su alcance, la doctrina ha sostenido que “(...) [s]e entiende que tiene interés para recurrir la persona perjudicada con la providencia, de manera que si acoge íntegramente las peticiones de una de las partes, esta carecería de interés. (...)”

De acuerdo con lo anterior, para determinar si una parte tiene o no interés para recurrir una providencia judicial, debe estudiarse si en ésta fueron acogidas en su totalidad las pretensiones, peticiones o solicitudes puestas bajo el conocimiento del juez.

En el presente caso, la Sala considera que le asiste a la parte demandante interés para recurrir la sentencia de primera instancia. Si bien en dicha decisión se ordenó anular el acto demandado, lo cierto es que el Tribunal no lo hizo por la totalidad de los cargos formulados por el actor, sino sólo por uno de éstos.

Por lo tanto, es claro que la parte demandante tiene interés para recurrir la sentencia de 9 de febrero de 2017, en cuanto a los cargos que fueron denegados por el Tribunal.

Lo anterior adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que dos de los motivos de la impugnación formulados por la parte actora versan sobre el análisis de un cargo que fue negado (la posible inhabilidad del demandado) y la aparente falta de estudio de otros cargos propuestos en el libelo introductorio, que en caso de prosperar implicarían la necesidad de modificar los efectos de la decisión anulatoria.

2.4. Problema jurídico

En atención a que las inconformidades expuestas en los recursos de apelación interpuestos por el actor, el demandado y el concejo de Tunja, versan sobre distintas materias abordadas por el Tribunal en la sentencia de primera instancia, para efectos metodológicos la Sala los agrupará en los siguientes problemas jurídicos generales:

¿De conformidad con el primer problema jurídico señalado en la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial,³³ erró el Tribunal al no encontrar demostrada la configuración de la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994?

³³ “1. ¿El señor Ilbar Edilson López Ruiz cuando fue elegido Personero Municipal de Tunja para el período 2016 a 2020, estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 por haber ejecutado un contrato de prestación de servicios de representación judicial con la Defensoría del Pueblo?”

¿De conformidad con los problemas jurídicos tercero, cuarto y quinto señalados en la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial,³⁴ erró el Tribunal al declarar la nulidad del acto acusado por las irregularidades que ocurrieron en la ponderación de los resultados de la entrevista?

¿Omitió el Tribunal estudiar otros cargos formulados en la demanda?

2.5. Sobre la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994

2.5.1. La aplicabilidad de la inhabilidad

De acuerdo con el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, “[n]o podrá ser elegido personero quien: (...) g) Durante el año anterior a su elección, (...) haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio (...)”

En el recurso de apelación interpuesto por el demandado se sostiene que la inhabilidad tipificada en esta disposición no puede ser aplicable al caso concreto, dado que actualmente la elección de los personeros se realiza a través del concurso de méritos, en virtud de la Ley 1551 de 2012. Por tal razón, dicha parte sostuvo que la finalidad perseguida por la referida inhabilidad originada en la celebración de contratos desapareció como consecuencia de la modificación introducida por tal ley.

Consecuentemente, adujo que la aplicación de la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 conllevaría un desconocimiento de los principios que rigen la limitación en el ejercicio de funciones públicas, como la proporcionalidad, la razonabilidad y la necesidad, consagrados en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y desarrollados en distintas sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege los derechos políticos de todos los ciudadanos al disponer:

“Artículo 23. Derechos Políticos 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos;

³⁴ “3. ¿El acto de elección del Personero Municipal de Tunja para el período 2016 a 2020 fue expedido con desviación de poder al manipular los puntajes asignados en la entrevista al elegido y al demandante?

4. ¿La entrevista se ajustó a los parámetros de transparencia, imparcialidad y garantía al debido proceso del demandante? (...)”

[5.] ¿Cómo se obtuvieron los resultados de la entrevista? (...)”

b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.”

Como se observa, el numeral 1º de la anterior norma diferencia dos clases de derechos políticos: el primero, consagrado en el literal b), concerniente al derecho de elegir y ser elegido en elecciones populares; y, el segundo, consagrado en el literal c), atinente al derecho a tener acceso al ejercicio de funciones públicas.

En relación con el ejercicio de los derechos políticos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que su reglamentación debe tener una finalidad legítima, necesaria y proporcional.

Al respecto puede leerse:

“(…) I. Derechos políticos en una sociedad democrática

140. Los derechos políticos son derechos humanos de importancia fundamental dentro del sistema interamericano que se relacionan estrechamente con otros derechos consagrados en la Convención Americana como la libertad de expresión, la libertad de reunión y la libertad de asociación y que, en conjunto, hacen posible el juego democrático. La Corte destaca la importancia que tienen los derechos políticos y recuerda que la Convención Americana, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos³⁵.

141. Los derechos políticos consagrados en la Convención Americana, así como en diversos instrumentos internacionales³⁶, propician el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político. Este Tribunal ha expresado que “[l]a democracia representativa es determinante en todo el sistema del que la Convención forma parte”, y constituye “un ‘principio’

³⁵ Cfr. *La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 34; y *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127, párr. 191.

³⁶ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta Democrática Interamericana (artículos 2, 3 y 6); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo XX); Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 21); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25) de 1993; Protocolo No. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 3); y Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos “Carta de Banjul” (artículo 13).

reafirmado por los Estados americanos en la Carta de la OEA, instrumento fundamental del Sistema Interamericano”³⁷.

142. En el sistema interamericano la relación entre derechos humanos, democracia representativa y los derechos políticos en particular, quedó plasmada en la Carta Democrática Interamericana, aprobada en la primera sesión plenaria del 11 de septiembre de 2001, durante el Vigésimo Octavo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos. En dicho instrumento se señala que:

*[s]on elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos*³⁸.

143. La Corte considera que el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo y, a la vez, un medio fundamental que las sociedades democráticas tienen para garantizar los demás derechos humanos previstos en la Convención.

II. Contenido de los derechos políticos

144. El artículo 23.1 de la Convención establece que todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades, los cuales deben ser garantizados por el Estado en condiciones de igualdad: i) a la participación en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por representantes libremente elegidos; ii) a votar y a ser elegido en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de los electores; y iii) a acceder a las funciones públicas de su país.

145. El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en

³⁷ Cfr. La Expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *supra* nota 49, párr. 34.

³⁸ Cfr. Organización de los Estados Americanos. *Carta Democrática Interamericana*. Aprobada en la primera sesión plenaria de la Asamblea General de la OEA, celebrada el 11 de septiembre de 2001 durante el Vigésimo Octavo Período de Sesiones, artículo 3.

la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no sólo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término “oportunidades”. **Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos. Como ya lo señalara este Tribunal anteriormente, es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que los derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación**³⁹.

146. La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizadas, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.

147. Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos.

148. Por su parte, la participación política mediante el ejercicio del derecho a ser elegido supone que los ciudadanos puedan postularse como candidatos en condiciones de igualdad y que puedan ocupar los cargos públicos sujetos a elección si logran obtener la cantidad de votos necesarios para ello.

149. El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores. Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos (infra párr. 197). **La Convención se limita a establecer determinados estándares dentro de los cuales los Estados legítimamente pueden y deben regular los derechos políticos, siempre**

y cuando dicha reglamentación cumpla con los requisitos de legalidad, esté dirigida a cumplir con una finalidad legítima, sea necesaria y proporcional; esto es, sea razonable de acuerdo a los principios de la democracia representativa⁴⁰.

150. Finalmente, el derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, desarrollo y ejecución de las políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación. (...)”⁴¹

Ahora bien, el apoderado del demandado sostuvo que en atención a los principios de proporcionalidad, necesidad y razonabilidad de las reglamentaciones de los derechos políticos, en el presente caso no es aplicable el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, toda vez que la finalidad de dicha inhabilidad, originada en la celebración de contratos, desapareció con ocasión de la Ley 1551 de 2012.

En efecto, según dicha parte el *a quo* desconoció que a través de esa causal de inhabilidad se pretendía evitar las ventajas electorales que pudiera tener un candidato con ocasión de la celebración de un contrato estatal, finalidad cuyo sentido desapareció con la expedición de la Ley 1551 de 2012, toda vez que actualmente los personeros municipales son elegidos a través de concurso de méritos.

La Sala considera que los anteriores motivos de inconformidad respecto de la sentencia recurrida son infundados, por las siguientes razones:

En primer lugar, como lo sostuvo recientemente en sentencia de 1 de diciembre de 2016,⁴² no puede considerarse que la Ley 1551 de 2012 haya derogado tácitamente el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, dado que: (i) no se originó una derogación tácita por regulación integral de la materia, ya que la Ley 1551 de 2012 no se expidió con el fin de regular el régimen de inhabilidades para alcaldes, concejales y personeros municipales; (ii) las modificaciones consagradas en la Ley 1551 de 2012 respecto de la elección de personeros municipales no son incompatibles con el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Al respecto señaló la Sala:

“(...) En este sentido, también es menester precisar que según los apelantes la causal de inhabilidad debe entenderse derogada con la entrada en vigencia de la Ley 1551 de 2012, que modificó el régimen de

⁴⁰ Cfr. Caso *Yatama*, *supra* nota 49, párr. 207.

⁴¹ Corte IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

⁴² Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 73001-23-33-000-2016-00079-03. Sentencia de 1º de diciembre de 2016. Demandado: Personero de Ibagué. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

elección de personeros, “que pasó de una elección simple y llana del concejo municipal a un concurso de méritos”.

Pues bien, este planteamiento conduce a la Sala a retomar algunos conceptos sobre las formas en las que se pueden derogar las leyes. En efecto, **la derogatoria de las leyes, según lo dispuesto en el artículo 71 del Código Civil, puede ser expresa o tácita, y es expresa “cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua”, en tanto que es tácita “cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.**

Tal y como lo ha dicho esta Corporación en múltiples oportunidades, “la derogatoria de una norma jurídica sólo puede presentarse bajo dos modalidades legales, la derogatoria expresa, que no es cosa distinta de una regulación ulterior sobre la misma materia, en la que de manifiesto se dice abrogarse el dispositivo legal que con antelación regulaba la materia, y la derogatoria tácita, por virtud de la cual una nueva regulación sobre la misma materia se impone a la anterior, dejando sin efectos sus alcances, bien sea porque se realizó una regulación íntegra o porque se dictó una norma especial”.

Siguiendo los planteamientos de la Sección, la derogatoria tácita sólo puede ser el fruto de una regulación íntegra de la materia o provenir de la expedición de una norma especial sobre la materia, guardando armonía con el apotegma de que la norma especial prefiere a la general.

La derogatoria tácita por regulación íntegra de la materia queda de plano descartada, ya que la Ley 1551 de 2012 no se expidió para regular el régimen de inhabilidades para alcaldes, concejales y personeros municipales, según su objeto se trató de una ley que busca “modernizar la normativa relacionada con el régimen municipal, dentro de la autonomía que reconoce a los municipios la Constitución y la ley, como instrumento de gestión para cumplir sus competencias y funciones.”; así, es palmaria la inexistencia de identidad temática entre esta ley y la Ley 136 de 1994, razón que de suyo fundamenta la consideración de no tratarse de una norma que in integrum regule el tema de las inhabilidades en cita.

De otro lado, no debe perderse de vista que la finalidad de una y otra norma corren por caminos separados, la Ley 136 de 1994 con su modificación, en la parte especial que se menciona, se ocupa del régimen de inhabilidades de los alcaldes, en tanto que la Ley 1551 de 2012 moderniza el régimen municipal, la cual se divide en nueve (9) capítulos, así: 1. El objeto, función y principios. 2. Categorización y Funciones de los Municipios. 3. Facultades y competencias de los Concejos y Concejales Municipales. 4. Facultades y competencias de los Alcaldes. 5. De la participación comunitaria. 6. Personeros Municipales (únicamente a lo relacionado con su forma de elección). 7. Disposiciones judiciales, sin ocuparse de regular o modificar las inhabilidades de alcaldes, concejales y personeros.

Por lo que es dable concluir que el régimen de inhabilidades de personeros municipales, contenido en la Ley 136 de 1994 aún está vigente en nuestro ordenamiento jurídico siendo posible y por demás imperiosa su aplicación en el caso concreto; máxime cuando no resultan incompatibles, en la medida en que es potestativo del legislador establecer y suprimir las inhabilidades, que son situaciones que buscan garantizar el recto funcionamiento de los distintos órganos del Estado, y entre otros aspectos, la transparencia, la igualdad y la probidad en la provisión del empleo público.

Sobra decir que tampoco hubo derogatoria expresa, pues de ninguna de las normas de la Ley 1551 de 2012 se advierte alguna prescripción en tal sentido. (...)"⁴³

Así mismo, en dicha sentencia la Sala sostuvo que la finalidad perseguida por la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, originada en la celebración de contratos estatales por parte del aspirante, no desapareció con ocasión de la Ley 1551 de 2012.

En efecto, según la Sala: (i) las ventajas electorales surgidas con ocasión de la celebración de un contrato estatal no se disipan en el marco del concurso de méritos; y, (ii) la inhabilidad en comento no sólo busca prohibir las ventajas electorales derivadas de la celebración de un contrato estatal, sino también evitar que el personero elegido, en ejercicio de las funciones de ministerio público en el ente municipal, puede ejercer control sobre la contratación administrativa.

En ese sentido la Sala precisó lo siguiente:

“(...) 2. No es cierto que la Ley 1551 de 2012 torne innecesaria o haya dejado sin fundamento la inhabilidad por celebración de contratos para los Personeros

Adicionalmente, si bien es cierto que la Corte Constitucional consideró en la sentencia C-105 de 2013 que el concurso de méritos “facilita y promueve la consecución de los fines estatales”, “garantiza los derechos fundamentales de acceso a la función pública” y “asegura la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad”, no es menos cierto que ello tiene que mirarse en contexto con el contenido de la norma, pues, pese a que la Ley 1551 de 2012 estableció el concurso de mérito como mecanismo para la provisión del referido empleo público, no determinó los parámetros bajo los cuales debía adelantarse.

El intento más próximo en ese sentido lo constituye el Decreto 2485 de 2014, por medio del cual el Gobierno Nacional fijó unos estándares mínimos

⁴³ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 73001-23-33-000-2016-00079-03. Sentencia de 1º de diciembre de 2016. Demandado: Personero de Ibagué. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

para el concurso. De aquel se resalta que el proceso, en general, comprende unas fases de convocatoria, reclutamiento y pruebas. (...)

Quiere decir lo anterior que, en medio de todo, sigue habiendo un cierto margen de discrecionalidad por parte del nominador, que se ve reflejado al momento de elaborar cada uno de los instrumentos del concurso y configurar sus fases y pruebas, así como los criterios para calificar las competencias y la experiencia del aspirante, pero especialmente para la realización de la entrevista, que denota un porcentaje que puede alcanzar hasta el 10%, en el cual predomina el factor subjetivo, según se desprende de la naturaleza misma de ese instrumento de evaluación.

Así las cosas, es claro que, aún en el evento en que se evaluara la posibilidad de inaplicar la causal de inhabilidad endilgada al demandado en razón de elementos teleológicos, ello tampoco podría tener alguna vocación de prosperidad, pues, siendo el fin de la causal de inelegibilidad en cuestión garantizar la igualdad de oportunidades entre los aspirantes al cargo de Personero Municipal, impidiendo que se puedan producir ventajas en razón del aprovechamiento de recursos públicos en razón de la celebración de un contrato, es claro que la configuración del mencionado concurso no logra disipar el desequilibrio que podría generar la influencia del contratista respecto de la voluntad del respectivo concejo municipal, bien sea en las fases previas al concurso –direccionamiento– o en la designación misma –favorecimiento–, independientemente de quien lleve a cabo el concurso, pues la celebración de convenios interadministrativos para sus ejecución no despoja a la дума municipal de dicha atribución.

Además, no puede perderse de vista que quien fungió como contratista dentro del período inhabilitante que establece la norma, como Personero tendrá la función de vigilar lo concerniente a la celebración de contratos en el mismo municipio.”

De conformidad con la exposición realizada, para la Sala es claro que la inhabilidad por celebración de contratos que se endilga al demandado se encuentra vigente y es plenamente aplicable al sub examine.”⁴⁴

De conformidad con lo expuesto, la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 no vulnera los principios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad, toda vez que contrariamente a lo sostenido por la parte demandada, su finalidad no desapareció con ocasión de la expedición de la Ley 1551 de 2012.

Por el contrario, la finalidad de dicha inhabilidad es compatible y armoniza con el procedimiento de selección de los personeros municipales mediante el concurso de méritos, ya que busca restringir las posibles ventajas electorales derivadas de

⁴⁴ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 73001-23-33-000-2016-00079-03. Sentencia de 1º de diciembre de 2016. Demandado: Personero de Ibagué. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

la celebración de contratos estatales por parte de los aspirantes e impedir que contratistas del Estado puedan ejercer posteriormente, en su calidad de personeros, funciones de control sobre la contratación administrativa.

Por lo tanto, la Sala concluye que la inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 se encuentra vigente y es aplicable al caso concreto.

2.5.2. La materialización de la inhabilidad

Según el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 los elementos que conforman la inhabilidad para poder ser elegido personero son:

- Elemento objetivo: Que la persona haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo.
- Elemento temporal: Que el contrato se celebre durante el año anterior a la elección del personero.
- Elemento espacial: Que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

A continuación se determinará si se demostró la configuración de los elementos de la inhabilidad en comento.

2.5.2.1. Elemento objetivo

De acuerdo con el Tribunal y la parte demandante, el elemento objetivo de la inhabilidad se configuró debido a que se demostró que el señor Ilbar Edilson López Ruiz celebró el contrato de prestación de servicios No. DP-2584-2015 con la Defensoría del Pueblo.

Sin embargo, el apoderado del demandado sostuvo que el elemento objetivo de la inhabilidad no se materializó debido a que ésta no puede cobijar los contratos celebrados con entidades del orden nacional, como la Defensoría del Pueblo. En tal sentido, adujo que la inhabilidad contenida en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en atención a su teleología, sólo puede comprender los contratos celebrados con entidades del orden municipal, para lo cual invocó el precedente contenido en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 23 de septiembre de 2013, expediente 2012-00048-01.

La Sala considera que la interpretación realizada por el demandado respecto de esta inhabilidad desconoce su literalidad, toda vez que la norma en comento impide que pueda ser elegido a quien *“[d]urante el año anterior a su elección, (...) haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza **con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo** que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”* (subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original), sin que

el Legislador la haya restringido de manera expresa a aquéllos suscritos con entidades del orden municipal.

Lo anterior resulta coherente con el elemento espacial de la inhabilidad, según el cual, independientemente de la naturaleza jurídica de la entidad contratante, lo relevante es el lugar de ejecución del contrato.

Así mismo, el precedente invocado por el apoderado del demandado en el recurso de apelación para defender su interpretación de la inhabilidad en comento no es vinculante, dado que en ningún momento se sostuvo que su materialización se restringe a los contratos celebrados con entidades del orden municipal.

En efecto, en la sentencia de 23 de septiembre de 2013⁴⁵ la Sección concluyó que no se demostró la configuración de la inhabilidad establecida en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 porque no se demostró que el demandado hubiera suscrito contrato alguno con la Defensoría del Pueblo.⁴⁶

De acuerdo con las anteriores razones es infundada la interpretación de la inhabilidad realizada por el apoderado del demandado, por lo que Sala encuentra demostrado el elemento objetivo.

2.5.2.2. Elemento temporal

En relación con el elemento temporal, el apoderado del demandado censuró la sentencia de primera instancia debido a que en su sentir *“(...) no se cumple el requisito legal de la existencia del contrato durante el año anterior a la fecha de elección. (...)”*

A partir del anterior argumento, se infiere que en sentir de la parte demandada, para que se pueda materializar la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, se requiere que el contrato *“exista”*, es decir surja a la vida y concluya, o en otras palabras se celebra y ejecute, dentro del término del año anterior a la elección.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 41001-23-33-000-2012-00048-01. Sentencia de 23 de septiembre de 2013. Demandado: Personero de Neiva. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁴⁶ Al respecto se afirma en las consideraciones de la sentencia: *“Respecto al segundo cargo imputado al demandado, los actores afirman en su escrito que, el señor Jesús Elías Meneses Perdomo celebró contrato con autoridades nacionales para ejercer labores como Coordinador de la Defensoría del Pueblo, configurando así la causal de inhabilidad establecida en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Para la Sala no cabe duda que, al no existir prueba que demuestre vínculo contractual entre el demandado Meneses Perdomo y entidades públicas u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo, la imputación debe ser despachada desfavorablemente.*

En efecto, los demandantes insisten en que entre el señor Meneses Perdomo y la Defensoría del Pueblo se celebró algún tipo de contrato para ejercer las funciones de coordinación en la regional Huila, para lo cual solicitó en el acápite de pruebas del libelo que se le ordenara a dicha entidad la remisión de la documentación correspondiente. En virtud de lo anterior, el Coordinador de Gestión del Talento Humano de la Defensoría del Pueblo certificó que el demandado se desempeñó en el cargo de Profesional Administrativo y de Gestión, Grado 19 entre el 5 de abril de 2010 y el 29 de febrero de 2012 vinculado mediante Resolución de nombramiento número 303 del 1º de marzo de 2010 (fols. 189 a 191) relación jurídico administrativa legal y reglamentaria que descarta la relación contractual aludida por la parte actora.

Finalmente, dentro del plenario no aparece medio demostrativo alguno que lleve a la convicción de que el electo Personero del Huila hubiese suscrito convenio o convención dentro de los 12 meses anteriores a su elección, para desarrollar algún tipo de actividad con la Defensoría del Pueblo o con otra autoridad del orden municipal, departamental o nacional que implicara su inhabilidad.”

Las inhabilidades, por tratarse de limitaciones al ejercicio de los derechos políticos y para el acceso a los cargos públicos, deben interpretarse de manera restrictiva, por lo que resulta inadmisibles realizar interpretaciones extensivas o analógicas en esta materia.

Del sentido literal de la norma que contiene la inhabilidad en discusión, se observa que el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 dispone que no podrá ser elegido personero quien “*haya celebrado*” contrato dentro del año anterior a la elección, por lo que el verbo rector de la conducta inhabilitante es el de celebrar, sin que sea relevante para el efecto el término de ejecución o “*existencia*” del contrato.

En ese sentido, al estudiar las inhabilidades originadas en la celebración de contratos, la Sala ha sostenido de manera reiterada que para su configuración resulta irrelevante el momento de la ejecución o liquidación del contrato, puesto que para su estudio solamente debe tenerse en cuenta la fecha de su celebración.⁴⁷

Realizada esta precisión, la Sala encuentra que el elemento temporal de la inhabilidad está demostrado, toda vez que la elección del personero municipal de Tunja se realizó el 10 de enero de 2016, y el demandado celebró el contrato DP-2584-2015 con la Defensoría del Pueblo el día 24 de septiembre de 2015.

2.5.2.3. Elemento espacial

En la sentencia recurrida el *a quo* concluyó que no se demostró en el proceso que el contrato DP-2584-2015 suscrito entre el demandado y la Defensoría del Pueblo se tuviera que ejecutar en Tunja, por lo que negó el cargo relativo a la materialización de la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En el recurso de apelación presentado por la apoderada de la demandante se refuta esta conclusión debido a que: (i) en la cláusula octava, numeral cuarto, del contrato celebrado entre el demandado y la Defensoría del Pueblo se pactó como lugar de ejecución el municipio de Tunja; y, (ii) según el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, se debe atender a los hechos ocurridos en la realidad, más que a lo establecido en las fuentes contractuales. En ese sentido, señaló que en el expediente se probó que el señor Ilbar Edilson López ejerció funciones de la Defensoría del Pueblo en Tunja.

Por lo tanto, le corresponde a la Sala determinar si el referido contrato de prestación de servicios celebrado entre el demandado y la Defensoría del Pueblo debía ejecutarse o cumplirse en el municipio de Tunja.

⁴⁷ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 23001-23-33-000-2015-00461-02. Sentencia de 8 de septiembre de 2016. Demandado: Alcalde de Cereté, período 2016-2019. C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Sobre la ejecución del contrato obran las siguientes pruebas relevantes en el expediente:

- Copia del contrato de prestación de servicios DP-2584-2015 suscrito entre el señor Ilbar Edilson López Ruiz.

En este documento se resaltan dos cláusulas relevantes respecto del lugar de ejecución del contrato que se transcriben a continuación:

“CLÁUSULA SEGUNDA: PROGRAMA Y LUGAR DE EJECUCIÓN. *El CONTRATISTA se obliga (sic) prestar sus servicios profesionales, en el programa Administrativo, en el CIRCUITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO. (...)*”

“CLÁUSULA OCTAVA: OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA. *En cumplimiento del objeto contractual, EL CONTRATISTA se compromete a desarrollar las siguientes actividades específicas: (...) 4. Una vez iniciada la ejecución del presente contrato, asesorar a la comunidad en la sede de la Defensoría Regional, casa de los derechos en el lugar que se destine para la prestación del servicio, por lo menos dos (2) veces a la semana y llevar a cabo los trámites prejudiciales o judiciales a que haya lugar. (...)*”

- Copia del oficio 304001-003, con fecha del 28 de enero de 2015, en el cual la Directora Nacional de la Defensoría Pública da respuesta a la petición elevada por el actor relacionada con el lugar de ejecución del contrato DP-2584-2015.

Al respecto se afirma: “(...) [c]onforme con el contrato y la información suministrada por la Defensora del Pueblo de la Regional Boyacá, el doctor LOPEZ RUIZ, tiene a su cargo la representación y el seguimiento de acciones populares y de grupo que se tramitan en los juzgados administrativos de Duitama (donde fueron trasladados de Santa Rosa de Viterbo en 2015). En cumplimiento del numeral 4º de la Cláusula Octava del contrato de prestación de servicios profesionales, el contratista una vez a la semana presta turno de asesoría y atención al público en la sede de la Regional Boyacá, en la Ciudad de Tunja, en acciones constitucionales, actuaciones administrativas, derechos de petición, servicios públicos y demás temas que tiene (sic) que ver con el programa administrativo.”

Del análisis de las anteriores pruebas documentales, las cuales no fueron controvertidas ni tachadas durante el proceso, se desprende con toda claridad que por lo menos una de las obligaciones del contrato DP-2584-2015, correspondiente a aquélla consagrada en el numeral 4º de la cláusula octava, debía ser ejecutada por el señor Ilbar Edilson López Ruiz en la ciudad de Tunja.

Por tal razón, contrariamente a lo sostenido por el Tribunal, la Sala considera que en el proceso se acreditó la materialización de todos los elementos de la inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Consecuentemente, la Sala concluye que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido como personero de Tunja.

2.6. Sobre las irregularidades en la ponderación de los resultados de las entrevistas

En la sentencia recurrida el Tribunal encontró demostrada la expedición irregular del acto demandado por los yerros cometidos por el Concejo de Tunja al realizar la ponderación de los resultados de las entrevistas.

En concreto, la irregularidad tuvo origen en las calificaciones de los concursantes realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, quienes al evaluar a los concursantes no usaron una escala del 1 al 10, como lo preveían las reglas del concurso de méritos, sino del 1 al 100.

Con ocasión de esta equivocación, el concejo optó por convertir los puntajes asignados por estos concejales a la escala prevista en las reglas del concurso de méritos. Sin embargo, a pesar de que ambos concejales le otorgaron al demandado una calificación de 10 puntos, este resultado no fue convertido adecuadamente, yerro que en sentir del *a quo* tuvo incidencia en el resultado del concurso de méritos, ya que de no haber ocurrido el demandado no hubiera ocupado el primer lugar.

Consecuentemente, el Tribunal anuló el acto acusado y moduló los efectos de la nulidad con el propósito de preservar las actuaciones que no se vieron afectadas por la irregularidad.

En el recurso de apelación presentado por el demandado y el Concejo se formularon distintos motivos de inconformidad respecto del análisis realizado por el *a quo* sobre de la expedición irregular del acto demandado, los cuales se pueden resumir en los siguientes interrogantes:

2.6.1. ¿A pesar del yerro cometido por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez en la calificación de los concursantes en la entrevista, se probó en el proceso que dichas personas otorgaron al demandado el mayor puntaje?

El actual apoderado del concejo concluyó que en el proceso, a partir del testimonio rendido por el señor Mendivelso, se probó que los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez buscaron otorgar el mayor puntaje a la entrevista del señor Ilbar Edilson López Ruiz.

Por lo tanto, reprochó la valoración realizada por el *a quo* respecto del testimonio rendido por esta persona. En tal sentido manifestó que dicha declaración, según la cual los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez otorgaron el máximo puntaje a la entrevista del demandado, debió ser tomada en cuenta a pesar de que dichas personas incurrieron en error al consignar el resultado en la plantilla.

Por otro lado, según la parte demandada, en el proceso se demostró que a pesar de la equivocación cometida por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez en la calificación de los concursantes en la entrevista, dichas personas tuvieron la intención de otorgarle el mayor puntaje al señor Ilbar Edilson.

Lo anterior, debido a que en el expediente obran las declaraciones notariales rendidas por dichas personas en las que explican la intención del puntaje otorgado, las cuales explica el recurrente que fueron allegadas por la anterior apoderada del concejo en la audiencia de pruebas, luego de la práctica del testimonio rendido por el señor Mendivelso.

La Sala considera que los anteriores motivos de inconformidad expuestos por los apoderados del demandado y del Concejo de Tunja se fundamentan en juicios subjetivos o de intencionalidad que escapan el control de legalidad que debe ejercer el juez en la nulidad electoral, máxime cuando se trata causales objetivas de anulación, como la expedición irregular del acto electoral.

En efecto, la nulidad electoral es el medio a través del cual se ejerce en sede jurisdiccional el control objetivo de la legalidad de los actos electorales. Consecuentemente, en este juicio, por tener naturaleza objetiva, es irrelevante el análisis subjetivo de la conducta o de la intención que pudo haber tenido el demandado o la autoridad que participó en la expedición del acto al momento de cometer una irregularidad.

En consonancia con lo anterior, debe resaltarse que la Sección ha sostenido que para efectos del ejercicio del medio de control de nulidad electoral aún las causales subjetivas de nulidad, como las inhabilidades, deben ser interpretadas de manera objetiva.

Por ejemplo, en materia de inhabilidades de gobernadores derivadas del ejercicio de autoridad por parientes de la persona elegida, se ha sostenido que resulta indiferente para su configuración que el familiar efectivamente haya ejercido las funciones del cargo revestido de autoridad, o que se demuestra la incidencia del ejercicio de dicha autoridad en el electorado, o el título bajo el cual se ejerce el cargo cuyas funciones denotan autoridad.⁴⁸

Así mismo, en el caso de las inhabilidades de los alcaldes originadas en la celebración del contrato, la Sección ha precisado que para su configuración se debe verificar si el contrato debió ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, sin importar si efectivamente se ejecutó o cumplió allí.⁴⁹

⁴⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahita (Gobernador de Caldas). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Expediente 23001-23-33-000-2015-00461-02. Sentencia de 8 de septiembre de 2016. Demandado: Salim Hamed Chagui Flórez (Alcalde de Cereté). C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

De conformidad con lo expuesto, en el presente caso resulta irrelevante determinar si a pesar de la equivocación cometida, los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez quisieron otorgar al señor Ilbar Edilson López Ruiz el mayor puntaje posible en la etapa de la entrevista, dado que dicho análisis de carácter subjetivo escapa la naturaleza objetiva del control de legalidad que se ejerce en desarrollo medio de control de nulidad electoral y es insuficiente para desvirtuar los errores en los que incurrió el concejo de Tunja al realizar la corrección de los puntajes otorgados en la entrevista por los miembros de esa duma.

2.6.2. ¿Incurrió el Tribunal en un exceso ritual manifiesto por no haber decretado de oficio los testimonios de los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez?

De acuerdo con el apoderado del demandado, con ocasión de la incorporación al proceso de las declaraciones extrajuicio rendida por los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, se generó una incertidumbre respecto de cuál fue la intención de estos concejales al momento de calificar la entrevista del demandado Ilbar Edilson López Ruiz.

Por lo tanto, en el recurso de apelación bajo examen indicó que solicitó al *a quo* decretar de oficio el testimonio de estas personas para aclarar estos hechos. Sin embargo, sostuvo que el Tribunal no decretó dichas pruebas de manera oficiosa, por lo que se incurrió en un exceso ritual manifiesto.

Como se advirtió en el acápite anterior, en el proceso de nulidad electoral son irrelevantes los juicios subjetivos o de intencionalidad para efectos de estudiar la expedición irregular del acto electoral.

Por lo tanto, no se puede predicar la existencia de un supuesto exceso ritual manifiesto originado en la decisión del Tribunal de no haber decretado de oficio los testimonios de los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, para efectos de esclarecer su intención en la asignación de las calificaciones de las entrevistas, ya que esta prueba es irrelevante para determinar si hubo o no expedición irregular del acto acusado.

Adicionalmente, la Sala debe aclarar que no es cierto que el apoderado del demandado hubiera solicitado al *a quo* decretar de manera oficiosa el testimonio de los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, tal como lo afirma esta parte para sostener que al haberse negado esa prueba se configuró un exceso ritual manifiesto.

Lo anterior debido a que una vez revisado el cd de la audiencia de pruebas realizada el 17 de noviembre de 2016 obrante a folio 784, se observa que la solicitud de pruebas de oficio tuvo otro objeto.

En dicha audiencia, luego de la práctica de los interrogatorios y conainterrogatorios, en la etapa de constancias, la apoderada del concejo allegó

las declaraciones extrajudicial de los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, para que fueran decretadas como pruebas dentro del proceso.

A continuación intervino el apoderado del demandado, quien aclaró que desconocía el contenido de las mentadas declaraciones, pero que en aras de esclarecer los hechos objeto de litigio, solicitó que dichas pruebas fueran decretadas de manera oficiosa por la ponente, con el fin de que se pudieran incorporar al expediente.

Por lo tanto, la solicitud probatoria no tuvo por objeto que se decretara de oficio la práctica de los testimonios de los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, sino que el fin de esa solicitud consistió en que las pruebas documentales allegadas extemporáneamente por la apoderada del concejo fueran decretadas oficiosamente e incorporadas al proceso.

De lo anterior, la Sala considera que el *a quo* no incurrió en exceso ritual manifiesto al no decretar de oficio las pruebas documentales allegadas por la apoderada del concejo en la finalización de la audiencia de pruebas, toda vez que es evidente que ésta tuvo como propósito la incorporación al expediente de pruebas allegadas por fuera de las oportunidades procesales señaladas en el artículo 212 del C.P.A.C.A.

2.6.3. ¿Es equívoco el análisis realizado por el Tribunal para determinar que las irregularidades incurridas en la consolidación de los resultados de la entrevista tuvo incidencia en el resultado de la elección del demandado como personero de Tunja?

En la sentencia recurrida el Tribunal concluyó que en la ponderación de los resultados de la entrevista el concejo incurrió en una irregularidad que vició el resultado del concurso de méritos.

Esta irregularidad se originó en la corrección de los puntajes asignados por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, ya que estas personas emplearon una escala distinta a la fijada en las reglas del concurso de méritos para calificar a los aspirantes.

Sin embargo, el Tribunal determinó que a pesar de que se realizó la corrección de los puntajes otorgados a la mayoría de los concursantes, ésta no se efectuó respecto de aquéllos que obtuvieron 10 puntos, entre ellos el demandado, a quienes se les mantuvo el mismo resultado de la prueba.

En el sentir del *a quo* esta irregularidad tuvo incidencia en el resultado de la elección porque si se hubiera corregido el puntaje obtenido del demandado, éste no habría obtenido el primer lugar del concurso de méritos, lo cual se explicó mediante los cuadros expuestos en la sentencia.

Ahora bien, en los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandado y del concejo de Tunja se cuestionó el análisis que realizó el *a quo*

para determinar la incidencia de la anterior irregularidad en el resultado del concurso de méritos para la elección del personero de ese municipio.

En concreto, manifestaron que: (i) no había lugar a corregir o convertir el puntaje otorgado por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez al demandado, debido a que ambos le asignaron 10 puntos, resultado que se enmarcaba dentro de las reglas del concurso de méritos; (ii) aún si se cometió una irregularidad en la conversión de los puntajes otorgados por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez al demandado, en atención a la fórmula de la media aritmética hubo una proporción mayoritaria que impediría invalidar el resultado ponderado obtenido por el señor Ilbar Edilson Lopez Ruiz. Lo anterior debido a que los quince concejales restantes no incurrieron en error al calificar al demandado.

La Sala anticipa que los anteriores reparos son infundados, dado que en el proceso se demostró la expedición irregular del acto y la incidencia de las irregularidades acontecidas en la corrección de los resultados de la entrevista en el resultado de la elección, como se evidencia a continuación:

Como lo concluyó el Tribunal, y lo aceptan las partes en los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia de primera instancia, en el marco del concurso de méritos para la elección del personero de Tunja, el concejo debía realizar la entrevista de los concursantes. Para su evaluación cada uno de los concejales de Tunja debía asignar una calificación entre 1 y 10 puntos, según consta en el audio de la sesión del 7 de enero de 2016, en la cual se llevó a cabo dicha prueba, obrante en medio magnético a folio 392.

En efecto, en tal sesión se explicó de la siguiente manera la metodología para la calificación de la entrevista: *“(...) el concejo ha querido hacer hoy una entrevista pública, abierta, en el recinto del concejo, para que todos los ciudadanos y ustedes los candidatos escuchen y obviamente estén atentos a esta entrevista. (...) ¿Cómo se va a realizar? Se recogieron cincuenta y un preguntas. Cada concejal de Tunja, somos diecisiete, aportó tres preguntas. Preguntas que están aquí y que de acuerdo al listado que mandó la ESAP vamos a llamar en ese orden a cada uno de los candidatos. El candidato va a pasar aquí al atril. Va a escoger una pregunta del número 1 al 51 y tendrá tres minutos para responderla. A cada candidato se le harán dos preguntas. Obviamente de acuerdo a las preguntas que están aquí relacionadas. Esas dos preguntas se le harán en este momento a los veintidós admitidos o habilitados para continuar con el proceso respectivo. Terminado doctor Elián este proceso de las dos preguntas, se determinará a cada concejal para que haga su proceso de ponderación, los cuales ahorita se les entregará un formato, donde viene el nombre de cada uno de los aspirantes al cargo. Y luego de eso, para mayor transparencia, para mayor equidad, se procederá de una vez a hacer la sumatoria y la ponderación, para que se conozca cuáles fueron los resultados de la prueba realizada en la entrevista el día de hoy. (...) Perdón, se me olvidó señalar algo. De esas dos preguntas, cada concejal tendrá la opción de calificar de uno a diez, de acuerdo al parámetro que se establece en la normativa vigente. Entonces esas dos preguntas es (sic) el método de evaluación y obviamente de acuerdo a las que escojan (...).”*

En el expediente, a folios 411 y 412, reposan las planillas de las calificaciones de las entrevistas realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, quienes otorgaron los siguientes puntajes:

Calificación de Nelson Pérez:

C.C.	NOMBRES Y APELLIDOS	CALIFICACIÓN
320961	CARLOS JAVIER SÁNCHEZ GONZÁLEZ	No
4245367	ÓSCAR JULIO QUINTERO LIZARAZO	No
6765516	CARLOS ALBERTO OLAYA PARRA	40
6769952	FRANCISCO JAVIER FLECHAS RAMÍREZ	No
6773670	HIPÓLITO MENDOZA ZEA	No
7165795	WILFREDO RAMÍREZ	10
7170239	EDWAR ADÁN FRANCO GAMBOA	80
7188004	ÉDGAR ALBERTO MEDINA SILVA	90
3712193	ÍLBAR EDILSON LÓPEZ RUIZ	10
17345658	YESID RIBERA BARRAGÁN	60
24031426	EMILCEN GELVES	80
52334899	MARÍA TERESA CASTRO CONTRERAS	No
63511371	SANDRA CARINA JAIMES DURÁN	No
74084579	PEDRO JAVIER BARRERA VALERA	30
74170653	IVÁN DARÍO VALBUENA ARANGO	80
717005099	CARLOS IGNACIO JALK GUERRERO	No
79620186	CARLOS FERNANDO RAMOS AYALA	No
79691398	ZAMIR HERNÁN SILVA SABALA	No
1049604107	DALMIS ALEJANDRO CASTILLO CRUZ	No
1049609996	NELSON EDUARDO SANTOS ESTEPA	40
1057410283	PABLO JOSÉ ARIAS PAEZ	20
1059810818	JUAN CAMILO HOYOS ARANGO	No

Calificación de Diana Paola Rodríguez:

C.C.	NOMBRES Y APELLIDOS	CALIFICACIÓN
320961	CARLOS JAVIER SÁNCHEZ GONZÁLEZ	NO SE PRESENTÓ
4245367	ÓSCAR JULIO QUINTERO LIZARAZO	NO SE PRESENTÓ
6765516	CARLOS ALBERTO OLAYA PARRA	70
6769952	FRANCISCO JAVIER FLECHAS RAMÍREZ	NO SE PRESENTÓ
6773670	HIPÓLITO MENDOZA ZEA	NO SE

C.C.	NOMBRES Y APELLIDOS	CALIFICACIÓN
		PRESENTÓ
7165795	WILFREDO RAMÍREZ	70
7170239	EDWAR ADÁN FRANCO GAMBOA	80
7188004	ÉDGAR ALBERTO MEDINA SILVA	80
3712193	ÍLBAR EDILSON LÓPEZ RUIZ	10
17345658	YESID RIBERA BARRAGÁN	70
24031426	EMILCEN GELVES	10
52334899	MARÍA TERESA CASTRO CONTRERAS	NO SE PRESENTÓ
63511371	SANDRA CARINA JAIMES DURÁN	NO SE PRESENTÓ
74084579	PEDRO JAVIER BARRERA VALERA	6
74170653	IVÁN DARÍO VALBUENA ARANGO	8
717005099	CARLOS IGNACIO JALK GUERRERO	NO SE PRESENTÓ
79620186	CARLOS FERNANDO RAMOS AYALA	NO SE PRESENTÓ
79691398	ZAMIR HERNÁN SILVA SABALA	NO SE PRESENTÓ
1049604107	DALMIS ALEJANDRO CASTILLO CRUZ	NO SE PRESENTÓ
1049609996	NELSON EDUARDO SANTOS ESTEPA	70
1057410283	PABLO JOSÉ ARIAS PAEZ	80
1059810818	JUAN CAMILO HOYOS ARANGO	NO SE PRESENTÓ

De las anteriores pruebas documentales se concluye que los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez emplearon una escala de calificación distinta a aquélla sentada en las reglas del concurso, razón por la cual era procedente su corrección.

Según el Tribunal el concejo incurrió en una irregularidad al corregir los resultados otorgados por los referidos concejales a las entrevistas, debido a que: (i) en el caso de las calificaciones otorgadas por el señor Nelson Pérez, se eliminó el cero a todos los aspirantes, excepto en el caso de los señores Ilbar Edilson López Ruiz y Wilfredo Ramírez, a quien se les dejó la calificación de 10 puntos; y, (ii) en el caso de las calificaciones otorgadas por la señora Diana Paola Rodríguez, sólo se modificaron los resultados obtenidos por los concursantes que obtuvieron puntajes con dos cifras, para convertirlas en una, excepto en el caso de Ilbar Edilson López Ruiz, que quedó con 10 puntos.

Ahora bien, en atención a la anterior explicación, la Sala considera que es infundado el primer reparo formulado por el apoderado del demandado, según el cual no había necesidad de corregir el puntaje obtenido por el señor Ilbar Edilson

López Ruiz, ya que éste se encontraba dentro de la escala de 1 a 10 puntos, según las reglas fijadas en el concurso de méritos.

En atención a la sana crítica, si los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez emplearon una escala de valores equívoca para evaluar a la mayoría de los concursantes, la conclusión lógica es que al momento de otorgarle 10 puntos al señor Ilbar Edilson López Ruiz también lo hicieron con base en esa misma escala que no atendía a las reglas sentadas en el concurso de méritos.

En ese sentido, no resulta aceptable concluir que si bien los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez incurrieron en error al evaluar las entrevistas realizadas por la mayoría de los concursantes, no lo hicieron al momento de calificar al señor Ilbar Edilson López Ruiz, a quien según el recurrente lo habrían evaluado de conformidad con las reglas del concurso de méritos.

En efecto, aceptar la tesis del apoderado del demandado, implicaría concluir que los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez evaluaron con reglas distintas a las sentadas en el concurso de méritos a la mayoría de los concursantes, pero que sin razón alguna emplearon la escala correcta para evaluar al demandado, lo que resulta incoherente.

Por lo tanto, se desechará este primer reproche formulado a la sentencia, dado que comparte la conclusión del Tribunal según la cual el puntaje otorgado por tales concejales al señor Ilbar Edilson López Ruiz necesariamente debía ser corregido de conformidad con el mismo método empleado para los demás concursantes.

Ahora la Sala pasará a estudiar la segunda objeción planteada por los recurrentes, según la cual el yerro en el cual incurrió el concejo al corregir las evaluaciones realizadas por los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez y ponderar los puntaje otorgados por los demás concejales no tuvo incidencia en el resultado, debido a que los demás integrantes de dicha corporación realizaron correctamente la evaluación.

Para tal efecto, se mostrará si al aplicarse la corrección en debida forma de las calificaciones otorgadas por los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez se modificaría o no el resultado del concurso de méritos.

El concejo de Tunja realizó la siguiente ponderación de las calificaciones de la entrevista realizada por el demandado. Debido a que en las pruebas obrantes en el expediente son ilegibles algunos de los nombres de los concejales que realizaron la calificación, se hará referencia al folio en el cual obra la planilla de evaluación y solamente se destacarán las planillas suscritas por los señores Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez:

CONCEJAL	NOTA
Planilla obrante a folio 398	9
Planilla obrante a folio 399	9
Planilla obrante a folio 400	10

CONCEJAL	NOTA
Planilla obrante a folio 401	10
Planilla obrante a folio 402	9
Planilla obrante a folio 403	9
Planilla obrante a folio 404	10
Planilla obrante a folio 405	10
Planilla obrante a folio 406	10
Planilla obrante a folio 407	10
Planilla obrante a folio 408	10
Planilla obrante a folio 409	10
Planilla obrante a folio 410	9
Planilla obrante a folio 411 (Nelson Pérez)	10
Planilla obrante a folio 412 (Diana Paola Rodríguez)	10
Planilla obrante a folio 413	10
Planilla obrante a folio 414	9
NOTA PONDERADA DE CONFORMIDAD CON LA FÓRMULA DE LA MEDIA ARITMÉTICA⁵⁰	9.65

En consonancia con el anterior ejercicio aritmético, a folio 416 del expediente obran los resultados promediados de la entrevista publicados por el concejo de Tunja, según los cuales el señor Ilbar Edilson López Ruiz obtuvo 9.65 puntos en esta prueba.

De haberse corregido adecuadamente las calificaciones de las entrevistas realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, el demandado hubiera obtenido el siguiente puntaje en la entrevista:

CONCEJAL	NOTA
Planilla obrante a folio 398	9
Planilla obrante a folio 399	9
Planilla obrante a folio 400	10
Planilla obrante a folio 401	10
Planilla obrante a folio 402	9
Planilla obrante a folio 403	9
Planilla obrante a folio 404	10
Planilla obrante a folio 405	10
Planilla obrante a folio 406	10
Planilla obrante a folio 407	10
Planilla obrante a folio 408	10
Planilla obrante a folio 409	10
Planilla obrante a folio 410	9
Planilla obrante a folio 411 (Nelson Pérez)	1
Planilla obrante a folio 412 (Diana Paola Rodríguez)	1

⁵⁰ De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, la nota ponderada se obtuvo mediante la fórmula de la media aritmética. Es decir que se sumaron todos los puntajes asignados por los concejales y luego se dividió dicho número en 17, equivalente al número de concejales que realizaron la calificación.

CONCEJAL	NOTA
Planilla obrante a folio 413	10
Planilla obrante a folio 414	9
NOTA PONDERADA DE CONFORMIDAD CON LA FÓRMULA DE LA MEDIA ARITMÉTICA⁵¹	8,6

De conformidad con la lista de elegibles obrante a folios 57 y 58, el concejo procedió a declarar la elección del demandado como personero de Tunja con base en los siguientes resultados de las pruebas que conformaron el concurso de méritos:

NOMBRE Y APELLIDOS	PRUEBA DE CONOCIMIENTOS	PRUEBA DE COMPETENCIAS	ANTECEDENTES	ENTREVISTA	TOTAL
Ilbar Edilson López Ruiz	40,02%	9,90%	12,21%	9,65%	71,777 %
Edwar Adan Franco Gamboa	37,19%	15%	12,75%	6,71%	71,646 %
Pedro Javier Barrera Varela	40,02%	12,60%	15,00%	3,82%	71,444 %
Emilcen Gelves	36,25%	9,90%	15%	8,53%	69,679 %

(...)

Ahora bien, si la ponderación de los resultados de la entrevista se hubiera realizado correctamente, el demandado hubiera obtenido el siguiente puntaje total dentro del concurso de méritos para la elección del personero de Tunja, lo cual no le hubiera podido permitir acceder al primer lugar:

NOMBRE Y APELLIDOS	PRUEBA DE CONOCIMIENTOS	PRUEBA DE COMPETENCIAS	ANTECEDENTES	ENTREVISTA	TOTAL
Ilbar Edilson López	40,02%	9,90%	12,21%	8,6%	70,73 %

⁵¹ De conformidad con el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado, la nota ponderada se obtuvo mediante la fórmula de la media aritmética. Es decir que se sumaron todos los puntajes asignados por los concejales y luego se dividió dicho número en 17, equivalente al número de concejales que realizaron la calificación.

Ruiz					
------	--	--	--	--	--

El anterior ejercicio aritmético muestra que el error incurrido en la corrección de las calificaciones de las entrevistas realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez incidió en la ponderación de los resultados de esta prueba y en la conformación de la lista de elegibles.

Por lo tanto, son falaces los reproches formulados por el apoderado del demandado según los cuales las irregularidades ocurridas en el concurso de méritos no tuvieron incidencia alguna en el resultado de la elección, toda vez que solamente incurrieron en error 2 de los 17 concejales que realizaron la calificación de la entrevista, es decir una minoría de los calificadores, pues de la operación realizada previamente se concluye con claridad que ese yerro afectó la conformación de la lista de elegibles.

2.6.4. ¿El Tribunal violó el derecho fundamental a la igualdad al declarar la nulidad del acto acusado por las irregularidades que ocurrieron en la ponderación de los resultados de la entrevista?

En el recurso de apelación el apoderado del demandado alegó la existencia de una vulneración del derecho fundamental a la igualdad, dado que el *a quo*, en un caso similar, correspondiente al estudio de una nulidad electoral contra la elección del personero de Sora, Boyacá, adoptó un criterio diferente.

Al respecto precisó que en ambos casos, hubo concejales que se abstuvieron de seguir el protocolo de calificación. Sin embargo, en el caso referido, el Tribunal concluyó que dicha discrepancia no podía ser motivo suficiente para declarar la ilegalidad de la elección

La Sala considera que esta censura carece de la suficiente carga argumentativa para revocar la sentencia impugnada. En efecto, el actor se limitó a afirmar que existe una similitud en ambos casos, sin ni siquiera explicar cuáles fueron los cargos y hechos estudiados por el Tribunal al fallar el proceso de nulidad electoral en el caso del personero de Sora, ni adjuntar el respectivo fallo. Así mismo, debe destacarse que las sentencias de los Tribunales no son vinculantes para la Sección Quinta del Consejo de Estado, órgano de cierre en los procesos de nulidad electoral.

Por lo tanto, ante la insuficiencia en la argumentación, la Sala considerará infundado este motivo de inconformidad.

2.7. Sobre la omisión en el estudio de otros cargos formulados en la demanda

En el recurso de apelación interpuesto por la demandada se censura la sentencia del *a quo* debido a que en ésta no hubo pronunciamiento sobre: (i) la desviación del poder en la calificación de la entrevista y (ii) la falta de motivación de las calificaciones atribuidas al demandante y a los candidatos Franco y López.

En lo concerniente a la falta de pronunciamiento del Tribunal respecto de la desviación del poder en la calificación de la entrevista, la Sala considera que dicho cargo fue objeto de estudio en el numeral 2.5 de las consideraciones de la sentencia de 9 de febrero de 2017, denominado “*De la desviación de poder*”.

Fue precisamente en dicho capítulo de las consideraciones de la sentencia en el cual el *a quo* concluyó que en la corrección de las calificaciones de la entrevista y en la ponderación de los resultados, más no en la realización de la entrevista, se incurrieron en arbitrariedades que condujeron a la elección del señor Ilbar Edilson López Ruiz como personero de Tunja.

No debe perderse de vista que el cargo de desviación del poder formulado por el demandante se centró en la realización de la entrevista en el marco del concurso de méritos, es decir contra uno de los actos preparatorios de la designación bajo juicio.

En ese sentido, las ilegalidades en los actos preparatorios, como la desviación del poder en la realización y calificación de la entrevista, deben estudiarse bajo la causal de la expedición irregular del acto, como lo hizo el *a quo*.

Ahora bien, en el recurso de apelación la apoderada del demandante insiste en que se demostró en el proceso la desviación del poder en la realización de la entrevista.

En el sentir de esta parte, a partir del audio de la prueba y las afirmaciones de algunos testimonios según las cuales el señor Barrera Varela realizó una muy buena una entrevista, se concluye que el demandante tuvo un mejor desempeño en la entrevista respecto de aquél de los concursantes López y Franco, lo que constituye un indicio de las arbitrariedades en las que incurrió el concejo al realizar esta prueba.

Para la Sala los anteriores argumentos son insuficientes para demostrar que hubo una desviación del poder en la realización de la entrevista, pues se trata de conjeturas o apreciaciones subjetivas que no tienen respaldo en las pruebas decretadas en el proceso.

Finalmente, en lo que respecta a la omisión en el estudio del cargo de la falta de motivación de las calificaciones atribuidas al demandante y a los candidatos Franco y López, la Sala evidencia que dicho cargo no fue incluido en la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, razón por la cual no puede en esta instancia abordar estudio alguno al respecto.

2.8. Los efectos de la sentencia

Debido a que la Sala confirmará la decisión de anular el acto demandado, no sólo por las razones expuestas por el *a quo*, sino también porque el señor Ilbar Edilson López Ruiz estaba inhabilitado para ser elegido personero de Tunja, de

conformidad con el literal g) del artículo 174 de la ley 136 de 1994, se hace necesario modificar los efectos de la decisión anulatoria señalados en el capítulo 2.6 de las consideraciones y el numeral 3 de la parte resolutive de la sentencia recurrida.

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la que nos ocupa, ordena: *“Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...) 3. En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia”*.

Sin embargo, nada dice el artículo en comento en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o *ex nunc*- o hacia el pasado -desde siempre o *ex tunc*-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular⁵².

Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico⁵³, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo.

De conformidad con lo anterior, en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016, corresponde a la Sala fijar los efectos de la nulidad que se declarará en esta providencia.

Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que **aquellos serán hacia el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica.**⁵⁴

Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en

⁵² Cfr. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2015-00029.

⁵³ Cfr. Auto de 3 de marzo de 2016. Demandado: Gobernador de Caldas. Exp. 2016-00024. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁵⁴ En similar sentido, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de 07 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática⁵⁵.

En el presente caso, dado que se demostró la expedición irregular del acto, así como la inhabilidad del señor Ilban Edilson López Ruiz para poder ser elegido en el cargo, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, ordenará al concejo de Tunja realizar nuevamente, en su totalidad, el concurso de méritos para la elección del personero de dicho municipio, para el período 2016-2019.

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

3. FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR los numerales primero y segundo de la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia dictada el 9 de febrero de 2017 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, así: *“Como consecuencia de lo anterior, el concejo de Tunja deberá realizar nuevamente, en su totalidad, el concurso de méritos para la elección del personero de Tunja para el período 2016-2019.”*

TERCERO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Aclara Voto

⁵⁵ Cfr. Fallo de 6 de octubre de 2011. Demandados: Magistrados del CNE. Exp. 2010-00120. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

SENTENCIA DE NULIDAD – Consecuencias / EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD – La norma no establece los efectos de la nulidad por expedición irregular / SENTENCIA DE NULIDAD – Corresponde al juez fijar los efectos / SENTENCIA DE NULIDAD – Se debió ordenar rehacer el proceso de elección a partir de las actuaciones que antecedieron al vicio que originó la causal de nulidad

El artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 dispone las consecuencias de la sentencia de anulación en el medio de control de nulidad electoral, haciendo referencia específica a las causales previstas en los numerales 1, 2, 5, 6 y 8 del artículo 275 ibídem. En el presente caso la sentencia de segunda instancia confirmó la decisión de anular el acto de elección al considerar que se configuró expedición irregular del acto y que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido personero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, circunstancia que se enmarca en las causales de nulidad establecidas en el inciso 2 del artículo 137 y el numeral 5 del artículo 275 de la codificación precedentemente invocada. Se destaca que el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 respecto de las causales 5° y 8° de anulación solo señala en su numeral 3 que: “la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia.” y guarda silencio respecto de los efectos que corresponden cuando se trata de nulidad del acto electoral por expedición irregular. Para suplir este vacío normativo se debe acudir a los pronunciamientos que esta sección ha proferido sobre el particular, en especial lo expuesto en las sentencias de unificación de 26 de mayo de 2016 y de 7 de junio 2016, señalando en la primera que le corresponde a la Sala fijar los efectos de la declaratoria de nulidad cuando se configura el vicio de expedición irregular y, en la segunda, que define los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos. En virtud de lo expuesto en las sentencias de unificación antes citadas, esta sección ha considerado reiteradamente la necesidad de fijar los efectos de la declaratoria de nulidad ordenando rehacer el proceso de elección a partir de las actuaciones que antecedieron al vicio que originó la causal de nulidad (...) De lo anterior es dable concluir que en este caso no se ordenó la nulidad a partir de las actuaciones previas al hecho que la originó, esto es en este caso en concreto, la corrección de las calificaciones en las entrevistas realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, por lo que con el debido respeto considero que se debió ordenar rehacer las actuaciones desde la etapa de la entrevista y excluir al demandado del concurso de méritos, por estar incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, mas no ordenar la realización de la totalidad del proceso electoral, dado que el Juez Electoral

en este caso determinó con claridad la etapa en la que se originó el vicio de procedimiento que conllevó a la nulidad del acto de elección acusado.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 288

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejera: ROCIO ARAUJO OÑATE

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011⁵⁶, con el debido respeto por la decisión tomada por la Sala, procedo a aclarar mi voto respecto de la sentencia proferida en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

El artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 dispone las consecuencias de la sentencia de anulación en el medio de control de nulidad electoral, haciendo referencia específica a las causales previstas en los numerales 1, 2, 5, 6 y 8 del artículo 275 ibídem. En el presente caso la sentencia de segunda instancia confirmó la decisión de anular el acto de elección al considerar que se configuró expedición irregular del acto y que el demandado se encontraba inhabilitado para ser elegido personero, en virtud de lo dispuesto en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, circunstancia que se enmarca en las causales de nulidad establecidas en el inciso 2 del artículo 137 y el numeral 5 del artículo 275 de la codificación precedentemente invocada.

Se destaca que el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011 respecto de las causales 5° y 8° de anulación solo señala en su numeral 3 que: *“la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia.”* y guarda silencio respecto de los efectos que corresponden cuando se trata de nulidad del acto electoral por expedición irregular.

Para suplir este vacío normativo se debe acudir a los pronunciamientos que esta sección ha proferido sobre el particular, en especial lo expuesto en las sentencias de unificación de 26 de mayo de 2016⁵⁷ y de 7 de junio 2016⁵⁸, señalando en la primera que le corresponde a la Sala fijar los efectos de la declaratoria de nulidad

⁵⁶ 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. 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.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia 26 de mayo de 2016. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Rad. No. 11001-03-28-000-2015-00029-00.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 7 de junio 2016 C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00

cuando se configura el vicio de expedición irregular y, en la segunda, que define los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos.

En virtud de lo expuesto en las sentencias de unificación antes citadas, esta sección ha considerado reiteradamente la necesidad de fijar los efectos de la declaratoria de nulidad ordenando rehacer el proceso de elección a partir de las actuaciones que antecedieron al vicio que originó la causal de nulidad⁵⁹. Sin embargo en la sentencia cuya aclaración de voto se expone, se señaló que:

“En la sentencia recurrida el Tribunal encontró demostrada la expedición irregular del acto demandado por los yerros cometidos por el Concejo de Tunja al realizar la ponderación de los resultados de las entrevistas.

En concreto, la irregularidad tuvo su origen en las calificaciones de los concursantes realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, quienes al evaluar a los concursantes no usaron una escala de 1 a 10, como lo preveían las reglas del concurso de méritos, sino del 1 al 100.

/.../

El anterior ejercicio aritmético muestra que el error incurrido en la corrección de las calificaciones de las entrevistas realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez incidió en la ponderación de los resultados de esta prueba y en la conformación de la lista de elegibles.

/.../

*En el presente caso, dado que se demostró la expedición irregular del acto, así como la inhabilidad del señor Ilban Edilson López Ruiz para poder ser elegido en el cargo, como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto acusado, **ordenará al concejo de Tunja realizar nuevamente, en su totalidad, el concurso de méritos para la elección del personero de dicho municipio, para el período 2016-2019.**”*

De lo anterior es dable concluir que en este caso no se ordenó la nulidad a partir de las actuaciones previas al hecho que la originó, esto es en este caso en concreto, la corrección de las calificaciones en las entrevistas realizadas por los concejales Nelson Pérez y Diana Paola Rodríguez, por lo que con el debido respeto considero que se debió ordenar rehacer las actuaciones desde la etapa de la entrevista y excluir al demandado del concurso de méritos, por estar incurso

⁵⁹ Consejo de Estado. Sección Quinta de la C.P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE. sentencia de 14 de febrero de 2017, Radicación Número: 63001-23-33-000-2016-00042-03, sentencia de 3 de noviembre de 2016, Radicación Número: 11001-03-28-000-2016-00023-00, sentencia de 19 de septiembre de 2016, Radicación Número: 850012333000201600042-02, sentencia de 7 de diciembre de 2016, Radicación Número: 11001-03-28-000-2015-00052-00 (ACUMULADO 2016-00012), sentencia de 12 de diciembre de 2016, Radicación Número: 76001-23-33-007-2016-00146-02, sentencia 29 de septiembre de 2016, Radicación Número: 05001-23-33-000-2016-00254-02, sentencia de 4 de mayo de 2017, Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00107 02; del C.P. ALBERTO YEPES BARREIRO sentencia 1º de diciembre de 2016 Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00131-02, sentencia de 13 de octubre de 2016, Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00 y del C.P. CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO sentencia de 1º de diciembre de 2016. Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00053-02.

en la causal de inhabilidad consagrada en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, mas no ordenar la realización de la totalidad del proceso eleccionario, dado que el Juez Electoral en este caso determinó con claridad la etapa en la que se originó el vicio de procedimiento que conllevó a la nulidad del acto de elección acusado.

En razón de lo anterior, considero que se debió ordenar al Concejo Municipal de Tunja retomar el proceso de elección de personero a partir de la etapa de entrevista, debiendo expedir la correspondiente citación para la realización de la mencionada fase conforme con los parámetros establecidos en la convocatoria.

Lo anterior adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que con un nuevo proceso de elección del personero los inhabilitados por el solo hecho del transcurso del tiempo pueden purgar sus inhabilidades.

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

Fecha *ut supra*,

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado