



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 73001-23-33-000-2018-00204-01

Accionante: EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ

Accionado: CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA - PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ

ASUNTO: Nulidad electoral – apelación auto que negó suspensión provisional.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra el auto del 5 de junio de 2018, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó la medida cautelar de suspensión provisional solicitada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El 6 de abril de 2018¹ el señor Efraín Hincapié González presentó demanda en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011², contra el Concejo Municipal de Ibagué y el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, Personero Municipal de Ibagué.

Como pretensiones formuló las siguientes³:

Primera: Se declare la nulidad del acto de elección del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como Personero de Ibagué, efectuada por el Concejo Municipal de Ibagué en sesión del día 9 de marzo de 2018,

¹ Folio 3 del cuaderno N° 1.

² Folios 111-158, 163-166 del cuaderno No. 1

³ Contenidas en el escrito de reforma de la demanda (Fl. 163-166, C.1.), luego de que el Tribunal Administrativo del Tolima estimara mediante auto del 10 de abril de 2018 (Fl. 160, C.1.) que de manera indebida se acumularon pretensiones relativas al medio de nulidad electoral con el de nulidad y restablecimiento del derecho.



según acta de elección número 34 y acta de posesión del 14 de marzo de 2018, *“por violación al procedimiento establecido en la Ley y en la norma reguladora del concurso público abierto de méritos”*.

Segunda: Se declare la nulidad de la anterior elección, *“por violación al principio y criterio del mérito propios de este tipo de actuaciones administrativas”*.

Tercera: Se declare la nulidad del inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué⁴, al establecer que *“(e)n caso de no ser elegido el primero de la lista, se somete (sic⁵) a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta que se elija o agotar la lista si es necesario”, “atendiendo el principio y criterio del mérito propios de esta clase de actuaciones administrativas”*

Pretensión subsidiaria a la tercera principal: Se inaplique la norma antes señalada.

Cuarta: Se declare la nulidad de la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017 del Concejo Municipal de Ibagué⁶, *“atendiendo el principio y criterio del mérito propios de esta clase de actuaciones administrativas”*.

Pretensión subsidiaria a la cuarta principal: Se inaplique la norma antes señalada.

Quinta: Ordenar retrotraer el concurso público abierto de méritos desde la etapa de elección, inclusive, del Personero Municipal de Ibagué.

Sexta: Se ordene al Concejo Municipal de Ibagué, *“efectuar la elección para ocupar el empleo de PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ, por el período que finaliza el último día de febrero de 2020, teniendo en cuenta la mayor puntuación para ser elegido conforme a la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué el 3 de noviembre de 2017, atendiendo el principio y criterio de mérito propios de este tipo de actuaciones administrativas”*.

Séptima: Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del CPACA.

⁴ “Mediante la cual se adopta listado de sumatorias parciales remitidas por la ESAP en el concurso público y abierto de méritos y el concejo municipal dispone medidas para verificar presuntas inhabilidades e incompatibilidades de los aspirantes al cargo de personero municipal de Ibagué”

⁵ Según el inciso 2º del artículo 4º de la referida resolución, la palabra correcta es someta en lugar de somete.

⁶ “Por medio de la cual se modifica el artículo tercero de la Resolución 397 de 2017, en lo que corresponde a la etapa de la citación a elección y nombramiento”.



1.1 Hechos

1.1.1. El Concejo Municipal de Ibagué suscribió contrato estatal con la Escuela Superior de Administración Pública, en adelante ESAP, para llevar a cabo mediante concurso público de méritos, el proceso de selección del Personero Municipal de Ibagué, el cual inició con la Resolución No. 292 del 13 de noviembre de 2015, *“(p)or la cual se convoca a concurso de méritos”*.

1.1.2. Recibida la lista de preseleccionados suministrada por la ESAP y teniendo el 90% del proceso adelantado, el Concejo de Ibagué profirió la Resolución No. 03 del 6 de enero de 2016, a través de la cual estableció el cronograma final para llevar a cabo la etapa de entrevista que correspondía al 10% restante del concurso.

1.1.3. La anterior etapa finalizó el día 10 de enero de 2016, según acta 09, en la cual consta la elección del señor Julián Andrés Prada Betancourt como personero municipal, al haber obtenido el primer lugar en la lista de elegibles con un puntaje final de 68.58.

1.1.4. La Sección Quinta del Consejo Estado mediante fallo del 1° de diciembre de 2016 anuló la anterior elección, toda vez que el señor Julián Andrés Prada Betancourt se encontraba inhabilitado para ejercer cargo de personero municipal. Agregó que la sentencia antes señalada fue objeto de adición mediante providencia del 26 de enero de 2017, en *“...el entendido que como consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de elección del personero PRADA BETANCOURT, el concejo municipal de Ibagué deberá realizar un nuevo procedimiento a partir de la convocatoria efectuada”*.

1.1.5. En cumplimiento de la anterior orden judicial, el Concejo Municipal de Ibagué adelantó las gestiones pertinentes para realizar una nueva convocatoria, para lo cual suscribió con la ESAP el contrato interadministrativo No. 478 del 4 de mayo de 2017, a fin de que esta entidad realizara y practicara las pruebas correspondientes, y por otra parte dictó la Resolución No. 175 del 19 de mayo de 2017, disponiendo rehacer el concurso público y abierto de méritos a partir de la convocatoria efectuada a finales de noviembre de 2015, en concordancia con la Resolución No. 292 del 13 de noviembre de 2015, por la cual se inició en el año 2015 el proceso de selección del Personero del Municipio de Ibagué.



1.1.6. Luego de relatar algunas de las actuaciones que tuvieron lugar dentro del nuevo concurso público, subrayó que mediante el inciso 2° del artículo 4° la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017, el Concejo Municipal de Ibagué estableció como regla, que *“(e)n caso de no ser elegido el primero de la lista, se somete (sic) a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta que se elija o agotar la lista si es necesario”*.

1.1.7. Destacó que como resultado de la etapa final (entrevista), el 3 de noviembre de 2017 fueron publicados los puntajes definitivos en la página del Concejo Municipal en su orden de mayor a menor así: **“EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ con (77.19%); Camilo Ernesto Ossa con (63.21%); Yeisson René Sánchez con (62.34%); José Ariel Sepúlveda Martínez con (62.11%), NO asistió a la entrevista; Emilio Augusto Lago con (60.50%); Carlos Fernando Ramos Amaya con (58.21%), NO asistió a la entrevista; y Jorge Alejandro Lema Galeano con (55.03%), NO asistió a la entrevista”**.

1.1.8. Indicó que conforme a la Resolución No. 397 del 25 de octubre de 2017, la elección y posesión del Personero de Ibagué debía llevarse a cabo a las 8:30 a.m. del 7 de noviembre de 2017, pero que la Mesa Directiva del Concejo de Ibagué *“sin mediar justificación objetiva alguna”* mediante Resolución No. 415 del 3 de noviembre de 2017 modificó la fecha de dichas actuaciones para las 8:30 a.m. del 27 de noviembre de 2017. Lo anterior, en atención a que se solicitarían *“conceptos jurídicos ante los órganos del nivel nacional que desde el año 2015 establecieron los lineamientos y directrices para llevar a cabo este tipo de concursos de méritos”*.

1.1.9. Señaló que la Mesa Directiva del Concejo de Ibagué efectuó consultas ante el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior, frente a las presuntas inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses en que pudiera encontrarse el concursante ahora demandante, quien ocupó el primer puesto del mencionado concurso público, por las siguientes circunstancias: (i) inscribirse ostentando la calidad de Contralor Departamental del Tolima; (ii) haber ejercido autoridad en el ejercicio del anterior cargo; y (iii) haber suscrito contratos de prestación de servicios profesionales de docencia con la ESAP.

1.1.10. Precisó que en el mes de noviembre de 2017, las anteriores inquietudes fueron resueltas por el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior, quienes estimaron que *“el señor EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ, NO está inmerso en causal alguna”*.



de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses para ostentar el cargo de Personero Municipal de la Ciudad de Ibagué, situación que fue desconocida por la corporación”.

1.1.11. Relató que el 27 de noviembre de 2017, fecha fijada para la elección, nombramiento y posesión del personero, se dio trámite a una recusación presentada por 3 ciudadanos, que cuestionaron la objetividad de los concejales que eligieron como personero municipal al ciudadano Julián Prada. Agregó que la mentada recusación fue resuelta desfavorablemente por la Procuraduría Regional.

1.1.12. Narró que el Concejo de Ibagué sin mediar publicación o notificación oficial alguna a los integrantes de la lista de elegibles del referido proceso, el 9 de marzo de 2018 eligió como Personero de Ibagué al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra.

Precisó que previamente a la elección del ciudadano antes señalado, el concejo utilizando el sistema de votación mayoritaria y no el de mérito, decidió por 11 votos contra 7 que no podía elegirse al señor Efraín Hincapié González.

Agregó que el ciudadano Camilo Ernesto Ossa Bocanegra en la primera ronda obtuvo *“8 votos por el Sí y 8 por el NO, y ante el empate presentado se llevó a cabo una segunda ronda y en ésta un Concejal que había votado por el NO, se ausentó intempestivamente del recinto y la nueva Votación quedo (sic) 8 por el Sí y 7 por el NO, eligiendo con 8 votos de un total de 19 Concejales al doctor CAMILO ERNESTO OSSA como personero de la ciudad de Ibagué para el período comprendido entre la fecha de su posesión hasta el último día del mes de febrero del año 2020”.*

1.1.13. Finalmente, expuso que *“(v)arios profesionales de la ciudad dirigieron al Concejo de Ibagué un escrito en el que realizaron algunas advertencias en relación con la posible incursión en delitos como Prevaricato por Acción, Prevaricato por Omisión, Fraude a Resolución Judicial, y faltas disciplinarias Gravísimas, al proceder a elegir a persona diferente al que ocupó (sic) el primer lugar en la lista de elegibles del concurso de méritos para Personero Municipal de Ibagué”.*

1.2 Normas violadas y concepto de violación

El señor Efraín Hincapié González estimó que los actos cuya nulidad solicita son contrarios a la Constitución y la ley por lo siguiente:



1.2.1. Primer cargo: Violación directa de la Constitución y la ley.

1.2.1.1. Luego de destacar que de conformidad con el artículo 126 constitucional (modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 02 de 2015) la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por ley, y que en el caso de los personeros su elección se encuentra reglada en el Decreto 2485 de 2014, compilado por el Decreto 1083 de 2015, los cuales establecen (artículos 4° y 2.2.27.4 respectivamente) que las vacantes deben suplirse a partir de las listas de elegibles correspondiente en estricto orden de mérito. Por ende la elección del señor Camilo Ernesto Ossa está viciada de nulidad, en tanto no fue el concursante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles conformada para la elección de Personero Municipal de Ibagué.

Agregó que por la misma circunstancia también se infringió directamente el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que estableció la elección de personeros municipales o distritales previo concurso de méritos.

En ese orden de ideas, argumentó que la decisión cuya nulidad se solicita es abiertamente contraria a las normas antes señaladas y al acceso a los cargos públicos en virtud del principio del mérito, que cuenta con un amplio desarrollo por parte de la Corte Constitucional, que ha precisado que la regla general constituye el nombramiento de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, y la excepción cuando no se sigue tal criterio bajo una carga argumentativa muy exigente⁷.

En tal sentido reprochó que no se le hubiera elegido como Personero Municipal de Ibagué aunque ocupó el primer lugar en el concurso de méritos, e incluso, cuando el concejo contaba con conceptos según los cuales no estaba inhabilitado.

1.2.1.2. Consideró que con el acto censurado *“el Concejo de Ibagué aplicó el sistema de elección que existía antes de la expedición de los Decretos 2485 de 2014 y 1083 de 2015, pues aplicó los artículos 39, numeral 2, y 43 del Reglamento Interno del Concejo de Ibagué, esto es, como se elegía el*

⁷ Hizo especial referencia a las sentencias SU-086 de 1999 y T-451 de 2001 de la Corte Constitucional.



personero antes de la reforma del artículo 170 de la Ley 136 de 1994, o sea, por VOTACIÓN NOMINAL, lo que resulta inaplicable por obvia derogación tácita”.

1.2.1.3. De otra parte, a partir del artículo 2 del Decreto 2485 de 2014, compilado por el Decreto 1083 de 2015 y jurisprudencia de la Corte Constitucional⁸ y el Consejo de Estado⁹, realizó algunas consideraciones sobre el carácter vinculante de la convocatoria pública como la norma reguladora de todo el concurso, que obliga a la administración, a las entidades y a los participantes, y su estrecha relación con la garantía de los principios de publicidad, transparencia, buena fe, confianza legítima, debido proceso e igualdad, a fin de destacar que el Concejo Municipal de Ibagué *“mediante la Resolución número 397 del 25 de octubre de 2017, al establecer que “En caso de no ser elegido el primero de la lista, se somete (sic) a consideración el que le sigue y así sucesivamente hasta que se elija o agotar la lista si es necesario”, alteró el contenido de las reglas del concurso de méritos y los enunciados normativos de los Decretos 2485 de 2014 y 1083 de 2015”.*

Lo anterior, porque mientras la convocatoria y los decretos antes señalados prevén que se elegirá al personero municipal haciendo uso de la lista en elegibles en estricto orden de mérito, la mencionada resolución en el inciso 2° del artículo 4° permitió el desconocimiento de dicho criterio de selección, el cual destacó, fue modificado de manera intempestiva e injustificada cuando el concurso había avanzado en un 90%, a su juicio, con el fin de permitir la elección de alguien distinto a quien ocupó el primer lugar, lo que en efecto ocurrió en abierta vulneración de los principios arriba referidos, en especial la confianza legítima, pues los participantes tenían la expectativa que el proceso finalizara con fundamento en las reglas inicialmente previstas.

1.2.2. Segundo cargo: Expedición irregular del acto acusado.

Indicó que la modificación de las reglas del concurso de méritos que fue introducida mediante el inciso 2° del artículo 4° de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017, cuando aquél se encontraba en su etapa final, también permite predicar que el acto de acusado se expidió de manera irregular, pues dicho cambio permitió la elección

⁸ Citó entre otros los fallos los siguientes: C-040 de 1995 T-256 de 1995, C-588 de 2009, C-249 de 2012, SU-913 de 2009 y SU-446 de 2011

⁹ 1) Consejo de Estado, Sección Cuarta, providencia del 17 de julio de 2008, Rad. 25000-23-16-000-2008-00448-01. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 12 de septiembre de 2013, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 25000-23-31-000-2011-00775-02.



del señor Camilo Ernesto Ossa a pesar de que no alcanzó el primer lugar del proceso de selección.

1.2.3. Tercer cargo: Desviación de poder.

Después de exponer en qué consiste esta causal de nulidad los actos administrativos, arguyó que *“(e)l actuar del Concejo de Ibagué al expedir la Resolución 397 del 25 de octubre de 2017, concretamente el inciso 2º del artículo 4º, y al elegir a la persona que no ocupó el primer puesto al no haber obtenido el mayor puntaje en el concurso de méritos, no dejan la mas (sic) mínima duda que al expedir los citado (sic) actos que aquí se acusan, no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para obtener como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la ley”*.

1.2.4. Cuarto Cargo: Desconocimiento del principio constitucional del mérito como criterio rector del acceso a la función pública y violación del debido proceso, trabajo, acceso a cargos público y confianza legítima.

Insistió que al no elegirsele como Personero del Municipio de Ibagué, pese a que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos, se vulneró el principio constitucional del mérito y los principios y derechos antes señalados, respecto de los cuales trajo a colación varios pronunciamientos de la Corte Constitucional¹⁰.

2. Solicitud de suspensión provisional¹¹

En escrito separado y con fundamento en los artículos 230 y 277 de la Ley 1437 de 2011, el demandante como medida cautelar solicitó la suspensión provisional de los efectos del (i) acto de elección como personero municipal de la ciudad de Ibagué del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, (ii) del inciso 2º del artículo 4º de la Resolución N° 397 del 25 de octubre de 2017 y (iii) de la Resolución N° 415 del 03 de noviembre de 2017.

En sustento de lo anterior, reprodujo los hechos y cargos de violación desarrollados en la demanda especialmente los relativos a la presunta violación directa de la Constitución y la ley, la expedición irregular y la desviación de poder.

¹⁰ Sentencias T-610 de 2017, T-051 de 2016, C-593 de 2014, T-090 de 2013, SU-339 de 2011 y T-956 de 2011.

¹¹ Folios 1-36 del cuaderno N° 1 de medidas cautelares.



3. Actuaciones procesales relevantes

3.1. A través de auto del 10 de abril de 2018¹², el Tribunal Administrativo del Tolima le ordenó a la parte demandante corregir la demanda, en atención a que en ésta se acumularon súplicas relativas al medio de control de nulidad electoral con otras propias del nulidad y restablecimiento del derecho.

Lo anterior, en atención a que el peticionario inicialmente solicitó como consecuencia de la nulidad de los actos acusados, el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el 7 de noviembre de 2017, fecha en la que estimó debió ser elegido como Personero Municipal de Ibagué¹³.

3.2. En atención al anterior requerimiento, el actor corrigió la demanda formulando como pretensiones las descritas en el numeral 1 de esta providencia¹⁴.

3.3. Mediante auto del 3 de mayo de 2018¹⁵, el Tribunal Administrativo del Tolima requirió al Concejo Municipal de Ibagué para que previo a la admisión de la demanda allegara los actos acusados, en atención que no le fueron entregados al actor pese a la solicitud que elevó. De otro lado, en garantía del derecho a la defensa, dispuso correr traslado de la solicitud de suspensión provisional a la parte demandada¹⁶, presentando escritos de defensa en el siguiente orden:

3.4 Concejo Municipal de Ibagué¹⁷

Se opuso a la medida cautelar solicitada por las siguientes razones:

3.4.1. Manifestó que no es cierto que en el proceso de elección del Personero Municipal de Ibagué, no haya realizado un análisis en estricto orden de méritos de la lista de elegibles que se conformó para tal efecto, pues precisamente al revisar la misma y advertir que

¹² Folio 160 del cuaderno N° 1.

¹³ Folios 111-114 del cuaderno N° 1.

¹⁴ Folios 163-166 del cuaderno N° 1.

¹⁵ Folio 168, del cuaderno N° 1.

¹⁶ Sobre el particular invocó como fundamento: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 1° de junio de 2017, C.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00.

¹⁷ Folios 37-53 del cuaderno N° 1 de medidas cautelares.



en el primer lugar se encontraba el demandante, el señor Efraín Hincapié González, procedió a verificar si el mismo se encontraba incurso en alguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses, en atención a que constituye una obligación de la corporación verificar tal situación, como se desprende del artículo 36 de la Ley 136 de 1994, y lo indicaron el Tribunal Administrativo del Tolima y la Sección Quinta del Consejo de Estado, al anular la elección del anterior personero municipal el señor Julián Prada Betancourt.

3.4.2. Sobre el particular resaltó que el demandante estaba inhabilitado para concursar por el cargo de Personero Municipal de Ibagué, debido a que *“al momento de inscribirse al concurso ostentaba el cargo de Contralor Departamental, en segundo lugar, ejerció como empleado público o autoridad política en el municipio de Ibagué y además de lo anteriormente descrito, el solicitante era contratista de la entidad que efectuó las pruebas de conocimiento en el concurso, lo cual deviene en un conflicto de intereses palpable”*¹⁸.

3.4.2.1. Respecto de esta última situación indicó que la ESAP y el actor durante los años 2016 y 2017 suscribieron los contratos N° 593 de 2016 y 470 de 2017, y que dicha entidad fue la encargada de adelantar el 90% del referido concurso de méritos, por lo que incidió en la elección del demandante debido al alto puntaje que le asignó. Sobre el particular afirmó lo siguiente:

*“En este sentido, debe señalarse que el conflicto de intereses puede predicarse de quien o quienes inciden en la elección, que en este caso, no solo es del Concejo Municipal, sino también, para (sic) caso concreto es la ESAP. La ESAP le dio al Sr. Hincapié una puntuación tal alta frente a los demás concursantes que la facultad nominadora del Concejo tendió a ser sustituida”*¹⁹.

3.4.2.2. Agregó, que a diferencia de la ESAP el concejo municipal tenía la obligación de verificar que respecto de los aspirantes no existiera alguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés, que precisamente fue lo que procedió a establecer frente al actor como el primero de la lista de elegibles.

En ese orden subrayó que *“el Concejo Municipal en sesión del 9 de marzo de 2018, procedió a votar la exclusión del primero de la lista, bajo la razonada y objetiva evidencia que cada Concejal tenía a la mano y fundamentando su*

¹⁸ Folio 52 del cuaderno N° 1 de medidas cautelares.

¹⁹ Folio 38 del cuaderno antes señalado.



decisión, sobre las inhabilidades, conflicto de interés, y vulneración de las normas del concurso que recaigan en el aspirante a Personero Municipal”.

3.4.3. Añadió que el Tribunal Administrativo del Tolima en fallo del 26 de febrero de 2018²⁰, en virtud de una acción de tutela instaurada por el señor Hincapié González, también dejó claro que es competencia privativa del concejo municipal realizar la elección respectiva previo estudio del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de interés.

3.4.4. Agregó que no es cierto que el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior, al resolver las inquietudes efectuadas por el concejo municipal sobre la situación jurídica del demandante, concluyera que el mismo no se encontraba incurso en el anterior régimen, toda vez que dichas entidades no abordaron la totalidad de las situaciones relacionadas con los interrogante formulados.

3.4.4.1. En tal sentido destacó que el Ministerio del Interior en el concepto rendido el 24 de noviembre de 2017, por la complejidad del asunto se abstuvo de pronunciarse sobre la capacidad legal del demandante para ser elegido como Personero Municipal de Ibagué, e incluso, manifestó requerir más documentación para efectuar el estudio correspondiente.

3.4.4.2. En cuanto al Departamento Administrativo de la Función Pública, destacó que resolvió el interrogante relacionado con causal de inhabilidad consagrada en el artículo 272 de la Constitución Política, según el cual *“quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”*, en el sentido de indicar que esta causal sólo aplica en aquellas ciudades que carezcan de control fiscal directo, esto es, que no tengan contraloría, lo que no ocurre con Ibagué, *“olvidando que el referido demandante ejerció poder disciplinario en Ibagué contra dos funcionarios de un establecimiento público local y adicional suscribió contratos que se ejecutaron en la ciudad de Ibagué. Así mismo se abstuvo de resolver el conflicto de intereses aduciendo que carecía de los soportes o documentos necesarios para pronunciarse”*.

²⁰ Rad. 73001333300320170036801.



3.4.5. Por otra parte, respecto a la suspensión provisional de las Resoluciones N° 397 del 25 de octubre de 2017 y 415 del 3 de noviembre del mismo año, sostuvo que el medio de control de nulidad electoral no es el adecuado para cuestionar su legalidad, pues éste se dirige contra los actos de elección o designación.

Añadió que tales resoluciones no son propiamente actos de llamamiento para proveer vacantes y que como el término para ejercer las acciones pertinentes para cuestionar las mismas se contabiliza desde su comunicación, notificación, ejecución o publicación, afirmó que los plazos correspondientes se encuentran vencidos.

3.4.6. No obstante lo anterior, argumentó que dichas resoluciones en manera alguna desconocen las normas invocadas, pues la N° 397 se dictó con el fin de que el concejo municipal tuviera la oportunidad de verificar las presuntas inhabilidades en que se encontraban los aspirantes, y la N° 415 a fin de aplazar la fecha de la elección para en el entretanto efectuar las consultas pertinentes, que insistió, están relacionadas con la obligación que le asiste de verificar la situación jurídica de los concursantes, so pena de elegir a una persona que esté inhabilitada o presente conflicto de intereses.

Agregó que las referidas resoluciones en manera alguna afectaron los principios invocados por el actor, pues fueron puestas en conocimiento de los aspirantes que no presentaron recurso alguno, y tuvieron como fin evitar la elección de una persona que no esté habilitada por el ordenamiento jurídico para desempeñar el cargo de personero municipal.

3.4.7. Finalmente afirmó que el demandante respecto a la suspensión provisional de manera específica no solicitó la valoración de las pruebas y se limitó a indicar que se tuvieran en cuenta los documentos aportados con la demanda, que aún no se ha notificado.

Lo anterior para indicar que el peticionario incumplió con la carga probatoria que le asiste a quien pretende la suspensión provisional de los actos acusados.



3.5. Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, Personero Municipal de Ibagué²¹

3.5.1 Solicitó que se niegue la suspensión provisional del acto de su elección, basado en razones similares a las expuestas por el Concejo Municipal de Ibagué, más concretamente en lo relacionado con los motivos que llevaron a no elegir al señor Hincapié González como personero, la imposibilidad de controvertir las Resoluciones N° 397 del 25 de octubre de 2017 y 415 del 3 de noviembre del mismo año mediante la acción de nulidad electoral, la legalidad de las mismas y del acto de elección, el hecho que el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior al emitir los conceptos solicitados dejaron de analizar aspectos relevantes de la situación del actor, que éste no cumplió con la carga probatoria que le asiste al solicitar la medida cautelar, en suma, insistió en los argumentos descritos en el numeral 3.2 del acápite de antecedentes.

3.5.2. Agregó que debe considerarse que renunció al cargo de investigador docente que desempeñaba en la Universidad Externado de Colombia, a fin de posesionarse como Personero Municipal de Ibagué, razón por la cual de accederse a la suspensión provisional se restringirían sus derechos al trabajo, acceso a cargos públicos, debido proceso y defensa, aspecto que debe analizarse en aplicación de principio de proporcionalidad.

3.5.3. Precisó que *“no estamos en esta medida cautelar para resolver la inhabilidad o conflicto de interés del demandante, sino, si las medidas y el procedimiento adoptado por el Concejo Municipal para el estudio de inhabilidades o conflicto de intereses fue legítimo y si las razones que llevan a declarar los impedimentos son objetivas y racionales, vistas desde la perspectiva sumaria, por cuanto la plena evidencia solo compete a éste (sic) Tribunal, al final del proceso en fallo definitivo”*.

3.5.4. Ilustró cuáles fueron las razones por las cuales 11 de los 18 concejales consideraron que no era jurídicamente viable la elección del peticionario, al estar presuntamente incurso en situaciones de inhabilidad, incompatibilidad y conflicto de intereses, así:

INHABILIDAD/ INCOMPATIBILIDADES/ OMISIÓN DE REQUISITOS	FUNDAMENTOS
--	-------------

²¹ Folios 172-186 del cuaderno N° 1 de medidas cautelares.



<p>“El numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 establece que no podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal quien dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público jurisdicción o autoridad política en el respectivo municipio. Esta inhabilidad aplica para los personeros de conformidad con el literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994”.</p>	<p>“El señor Efraín Hincapié González ejerció actos de jurisdicción y de mando en el municipio de Ibagué, en los procesos de responsabilidad fiscal contra funcionarios públicos del orden municipal, proceso de responsabilidad fiscal N° 112-0842-013 adelantado en contra de los señores JOSÉ ALBERTO GIRÓN ROJAS y JOSÉ ADOLFO GÓMEZ, ex funcionarios del Instituto Ibaguerño de Acueducto y Alcantarillado –IBAL- Asimismo, como ordenador del gasto, en la suscripción de contratos que se ejecutaron en la ciudad de Ibagué (...) es decir que ejerció autoridad administrativa y fue ordenador del gasto, previamente a la inscripción de este concurso único. Los concejales tienen la copia de (sic) proceso respectivo”.</p>
<p>“El Artículo 272 de la Constitución Política establece: (...)“Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones”.</p>	<p>“El señor Efraín Hincapié al inscribirse al concurso de méritos para el cargo de Personero Municipal de Ibagué, aun en funciones como Contralor Departamental, vició su participación en este proceso electoral, y más aun para la fecha de la elección prevista en el cronograma de la convocatoria del concurso, conocida por todos, es decir a enero de 2016, seguía siendo Contralor Departamental del Tolima”.</p>
<p>“ARTÍCULO 275. Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando: (...)</p> <p>Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.</p> <p>RESOLUCIÓN 292 DEL CONCEJO MUNICIPAL DE IBAGUÉ “Por el cual se convoca a concurso público y abierto de méritos del personero del municipio de Ibagué departamento del Tolima” ART 7, NUMERAL 4 “El aspirante, no debe inscribirse si no cumple con los requisitos del cargo o si se encuentra incurso en alguna de las causales de incompatibilidad e inhabilidad dispuestas en las normas vigentes”.</p> <p>Artículo 1°, numeral 3°, de la misma resolución –R292- establece como REQUISITO GENERAL: “No encontrarse incurso en las causales constitucionales y legales de inhabilidad e incompatibilidad o prohibiciones para desempeñar empleos públicos”.”</p>	<p>Sobre el particular insistió en que el demandante cuando se inscribió al concurso de méritos, se desempeñaba como Contralor del Departamento del Tolima, lo que le impedía concursar para ser elegido como Personero de Ibagué.</p>
<p>“El Código Único Disciplinario, define el conflicto de intereses en los siguientes términos: ARTÍCULO 40. Conflicto de intereses. Todo servidor público deberá declararse impedido para actuar en un asunto cuando tenga interés particular y directo en su regulación, gestión, control o decisión, o lo tuviere su cónyuge, compañero o compañera permanente, o algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o</p>	<p>Reiteró las razones expuestas por el Concejo Municipal de Ibagué, relacionadas con que el demandante era contratista de la ESAP, incluso para el momento en que se realizó la prueba de conocimiento, lo que influyó en la asignación del puntaje que obtuvo, situación que a su juicio vulneró el principio de igualdad.</p>



su socio o socios de hecho o de derecho.

Cuando el interés general, propio de la función pública, entre en conflicto con un interés particular y directo del servidor público deberá declararse impedido”.

3.6 Decisión objeto de apelación

3.6.1. Mediante auto 5 de junio de 2018²², el Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda (luego de su corrección) únicamente respecto a la nulidad del acto de elección del señor Ossa Bocanegra como Personero Municipal del Tolima, en atención a que las Resoluciones N° 397 del 25 de octubre de 2017 y 415 del 3 de noviembre del mismo año, constituyen actos preparatorios de la elección, y por ende no son susceptibles de control.

3.6.2. De otro lado, a través de dicha providencia negó la medida cautelar de suspensión provisional al considerar que: *“únicamente se revisará la nulidad del acto de elección del personero de Ibagué, lo que no impide el estudio de la Resolución N° 415 del 3 de noviembre de 2017 como acto preparatorio con el objeto de establecer su repercusión en el acto definitivo. Se precisa que, respecto a este acto no es posible estudiar la suspensión de sus efectos, en tanto, el accionante no cumplió con su carga de argumentar la infracción del ordenamiento jurídico que a su juicio se causó con la expedición de la misma”*.

3.6.3 Luego de realizar algunas consideraciones a luz de la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2014 compilado por el Decreto 1083 de 2015 a propósito de la elección de personeros en virtud de concursos de méritos y el respeto estricto de las listas de elegibles, destacó que si bien el accionante debió ser elegido como personero municipal al lograr el primer puesto en el concurso de méritos, también lo es que el Concejo Municipal de Ibagué por mayoría estimó que no podía serlo, por cuanto se encontraba inhabilitado para tal efecto. Para ilustrar lo anterior, de un lado destacó un oficio del Secretario General del mencionado concejo que da cuenta de la votación efectuada y de otro, transcribió algunos apartes de la sesión del 9 de marzo de 2018 en la que la referida corporación de elección popular discutió lo relativo a la situación del señor Efraín Hincapié González.

²² Folios 249-257 del cuaderno N° 1.



Señaló que al revisar el convenio interadministrativo N° 478 celebrado entre la ESAP y el Concejo Municipal de Ibagué para llevar a cabo el referido concurso de méritos, no se evidencia que aquella fuera la encargada de verificar las inhabilidades de los concursantes, pues tal es una obligación en cabeza de la дума municipal, como lo indicó la Sección Quinta del Consejo de Estado en el fallo del 1° de diciembre de 2016²³, que también precisó que por regla general debe designarse a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, *“siempre y cuando no concurra ninguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad para el ejercicio del cargo”*.

En ese orden, resaltó que fue en cumplimiento de la mencionada obligación que el Concejo Municipal de Ibagué sustentó la no elección del demandante.

3.6.4. Concluyó que en este estado del proceso no se evidencia que el acto de elección censurado sea contrario al ordenamiento jurídico, máxime cuando los concejales se encuentran investigados disciplinariamente por la Procuraduría Primera Delegada para la Vigilancia Administrativa debido a presuntas irregularidades en la elección del anterior personero municipal (Julián Andrés Prada Betancourt), por no haber verificado que el mismo se encontraba inhabilitado. Agregó que por dicha circunstancia se impusieron en primera instancia sanciones de suspensión por 9 meses, *“como se señala en el audio de la sesión del 9 de marzo 2018, aportado con la demanda”*.

3.7 Salvamento de voto²⁴

3.7.1. Uno de los integrantes del Tribunal Administrativo del Tolima se apartó de la decisión antes descrita al considerar que la medida cautelar solicitada debió decretarse en atención a que el demandante al haber obtenido el primer lugar en la lista de elegibles debió ser nombrado como Personero de Ibagué, de conformidad con el artículo 4° del Decreto 2485 de 2014, pero que ello no ocurrió porque la corporación nominadora dedujo de manera ligera una inhabilidad.

3.7.2. Agregó que el Concejo Municipal de Ibagué sometió a votación la elección del personero sin tener plenamente definida la

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁴ Folios 258-260 del cuaderno N° 1.



configuración de las causales de inhabilidad de quien obtuvo el primer lugar de la lista de elegibles, máxime cuando éstas son de interpretación restrictiva.

3.7.3. Por lo tanto estimó que *“en el caso de autos, se considera que el acto eleccionario demandado está precedido de un juicio inhabilitante del candidato de personero que vio sus derechos recortados con un análisis ayuno de seriedad y responsabilidad de la Corporación administrativa de Ibagué (la inhabilidad predicada en la plenaria del Concejo no se observa ni por amplitud conceptual), y en ese contexto, y por la falsa deducción inhabilitante, para cercenar su derecho habido en el concurso que le permitiría ser el personero de Ibagué”*.

3.8 Recurso de apelación

En escrito del 12 de junio de 2018²⁵, el actor presentó recurso de apelación contra la negativa de la medida cautelar solicitada argumentando que:

3.8.1 A su juicio la providencia impugnada formuló como tesis *“para desconocer los principios constitucionales de mérito, confianza legítima y publicidad entre otros, basta que en la corporación electoral exista una mayoría y que ésta considere que quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles se encuentra inhabilitado para proceder a elegir a la persona que la mayoría considere no lo está, independientemente del puesto que ocupe en la lista”*.

Afirmó que la anterior conclusión es irrazonable y permite la defraudación de los concursos abiertos de méritos y de los principios que se pretende garantizar con aquéllos.

3.8.2. Sostuvo que el auto controvertido se equivoca al indicar que la sesión del 9 de marzo de 2018 no se programó para llevar a cabo la elección del personero, sino para establecer la existencia de inhabilidades de la persona que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, pues lo cierto es que en dicha sesión se eligió al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, respecto del cual destacó no se analizó si estaba incurso en alguna inhabilidad, como puede apreciarse en el acta y en el audio de la reunión celebrada en la fecha antedicha.

Sobre el particular indicó *“que lo que resulta irreflexivo y poco razonable es que mientras al primero de la lista de elegibles (el demandante) no fue elegido por una presunta inhabilidad al haber desempeñado el cargo de Contralor y por haber*

²⁵ Folios 262-279 del cuaderno No. 1.



sido catedrático de la ESAP, frente al segundo de la lista no hubo la misma diligencia y ni siquiera obra la mínima actuación al respecto”.

3.8.3. Alegó que de las intervenciones realizadas por los concejales en la sesión del 9 de marzo de 2018, se extrae que no lo eligieron por haber sido contralor departamental y docente de la ESAP, sin tener en cuenta las siguientes circunstancias: (i) que fue Contralor Departamental del Tolima hasta el 12 de enero de 2016 y la elección del Personero Municipal de Ibagué se efectuó el 9 de marzo de 2018, es decir 26 meses después, de manera tal que no se configura la inhabilidad consistente en haber ejercido 12 meses antes de la elección, cargo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio²⁶, *“y es evidente que el que el cago (sic) de Contralor Departamental del Tolima escapa al orden distrital y/o municipal”*, (ii) Que fue contratista de la ESAP en la ciudad de Bogotá y tal circunstancia no lo inhabilita para ser personero de Ibagué, pues la inhabilidad que sobre el particular fue invocada²⁷ exige que la actividad objeto de reproche tenga lugar el municipio en el que se lleva a cabo la elección.

A renglón seguido transcribió las consideraciones del salvamento del voto frente a la providencia impugnada, relativas a la procedencia de la suspensión provisional solicitada, debido a que el Concejo Municipal de Ibagué realizó un análisis ligero de su situación y terminó incorrectamente infiriendo una causal inhabilitante para no elegirlo pese a que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos.

3.8.4. Respecto a la afirmación que se hizo en la providencia controvertida relativa a la investigación y suspensión de concejales por el nombramiento del señor Julián Andrés Prada Betancourt, sostuvo que no es cierta y carece de fundamento probatorio *“puesto que la “sanción” de primera instancia y por eso mismo no se trata de una “sanción” al no estar en firme, no es por la elección de la persona elegida como Personero, sino por la elección del señor RAMIRO SÁNCHEZ como Contralor Municipal de Ibagué”*.

3.8.5. De otra parte argumentó, que en el trámite de la suspensión provisional se desconoció la providencia del 29 de mayo de 2014 de la Sección Quinta del Consejo de Consejo, dictada dentro del proceso N° 25000234200020130687101, C.P. Susana Buitrago Valencia,

²⁶ Sobre el particular citó los literales a y b del artículo 177 de la Ley 136 de 1994. Se estima que en realidad el actor quiso hacer referencia al artículo 174 de la misma ley.

²⁷ Hizo alusión a los literales a y g del artículo 177 (sic) de la Ley 136 de 1994.



según la cual “*el trámite de la medida cautelar de contenido electoral no está sujeto a correr traslado previo de la misma al demandado*”.

3.8.6. Finalmente, reiteró las razones en que sustentó la medida cautelar, agregando que no se le permitió ejercer el derecho de contradicción frente a tal determinación de no elegirlo como Personero Municipal de Ibagué pese a que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 150, 152.8²⁸ y 277 de la Ley 1437 de 2011 y de conformidad con el Reglamento del Consejo de Estado, le corresponde a esta Sección decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada mediante auto del 5 de junio de 2018 por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó la suspensión provisional del acto de elección acusado.

2. Oportunidad del recurso

2.1. De conformidad con el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, contra el auto que decreta la suspensión provisional solo procede en los procesos de primera instancia el recurso de apelación.

2.2. En el caso objeto de estudio el auto que negó el decreto de la medida cautelar es del 5 de junio de 2018, fue notificado a las partes el día siguiente²⁹ y la impugnación fue presentada oportunamente, esto es dentro de los 3 días hábiles, que para este caso es el 12 de junio de 2018³⁰.

3. Cuestión previa

3.1. Aunque en esta oportunidad el asunto planteado gira alrededor de la procedencia de la medida de suspensión provisional del acto de elección, resulta necesario destacar que pese a que el libelo introductorio fue corregido en el sentido de excluir como parte de las

²⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de febrero de 2014, C.P: Susana Buitrago Valencia, radicado No. 470012333000201300147-01.

²⁹ Folio 261 del cuaderno No. 1.

³⁰ Folio 2362 del cuaderno N° 1.



pretensiones lo relativo al pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el momento en que el demandante estimó debió ser elegido como personero³¹, en tanto corresponde a una solicitud propia del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, se observa que en la corrección de la demanda y su posterior admisión permaneció una petición de carácter resarcitorio que no es susceptible de análisis por el medio de control de nulidad electoral, concretamente aquella que establece:

“Se ordene al Concejo Municipal de Ibagué, efectuar la elección para ocupar el empleo de PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ, por el período que finaliza el último día de febrero de 2020, teniendo en cuenta la mayor puntuación para ser elegido conforme a la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué el 3 de noviembre de 2017, atendiendo el principio y criterio de mérito propios de este tipo de actuaciones administrativas”.

3.2. Lo anterior, en atención a que el actor fue quien obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles que se conformó para el mencionado empleo, de manera tal que con la anterior pretensión persigue que se restablezcan sus derechos en el sentido ordenar al Concejo Municipal de Ibagué que lo elija a él en lugar del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, lo que claramente constituye una solicitud de carácter resarcitorio y subjetivo, que no es propia del mecanismo de nulidad electoral sino del de nulidad y restablecimiento del derecho.

3.3. Aunque dicha situación debió advertirse en el trámite de admisión y reforma de la demanda, disponiendo la correspondiente corrección, se considera que la misma no es impedimento alguno para la continuidad del trámite de la referencia, comoquiera que frente a la misma pueden adoptarse los correctivos pertinentes verbigracia, declarar frente a dicha pretensión la ineptitud de la demanda, e incluso en el pronunciamiento definitivo a que haya lugar, haciendo la precisión correspondiente, todo con el fin de garantizar el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia del demandante, máxime cuando el mismo dentro de las pretensiones principales solicitó la anulación del elección, asunto que por excelencia es susceptible de control mediante el mecanismo de nulidad electoral, y cuando el *A quo* en su momento pasó inadvertida tal situación.

3.4. Sobre el particular, vale la pena traer a colación las siguientes consideraciones, en las que a propósito de los eventos en que existe

³¹ Ver numerales 3.1 y 3.2. del acápite de antecedentes.



indebida acumulación de pretensiones y la misma no fue advertida en su momento oportuno, pero resulta viable dictar un pronunciamiento de fondo en aplicación de los principios de acceso material a la administración de justicia y prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, se indicó:

“En el caso bajo estudio, es evidente la acumulación de pretensiones propias de un proceso electoral y otras que corresponden a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre el tema esta Sección ha sostenido:

“El numeral 3° del artículo 82 del C. de P. C., establece que la acumulación de pretensiones no procede cuando todas no puedan tramitarse por el mismo procedimiento y la jurisprudencia de la Sección ha señalado que en ejercicio de la acción de nulidad electoral sólo hay lugar a declarar la nulidad de los actos de elección o nombramiento de que se trate, como se infiere de lo establecido en los artículos 223, 226, 227, 228 y 229 del C. C. A., y 7° de la Ley 14 de 1988, y en ciertos casos a disponer la práctica de un nuevo escrutinio; que las solicitudes de restablecimiento del derecho que se aleguen por un daño ocasionado por un acto de elección o nombramiento sólo procede en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento instituida en el artículo 85 del C. C. A., y **que cuando impropia­mente se acumulan pretensiones en uno y otro sentido debe interpretarse la demanda y resolverse acerca de las pretensiones respecto de las cuales el juez tenga competencia e inhibirse para decidir las demás. Por ello, cuando impropia­mente se ha adelantado un proceso con base en la demanda orientada a obtener la declaración de nulidad del acto de elección y el restablecimiento del derecho, el juez decidirá sobre la primera pretensión y se inhibirá acerca de las pretensiones resarcitorias, para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas y el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrados en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, respectivamente.**^{32”33”34} (El destacado es nuestro)

3.5. Inclusive, se tiene que en un caso similar al de autos³⁵, en el que una de las concursantes demandó el acto de elección del Personero Municipal de Palmira para el período 2016-2020, adicionalmente solicitó que se le ordenara a la corporación de elección popular accionada que la nombrara a ella porque estimaba que había obtenido el puntaje más alto, pretensión de carácter resarcitorio que no

³² Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 2 de junio de 1996, exp. No. 1558, y de 10 de marzo de 2005, exp. No. 3333.

³³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de mayo de 2007, Exp. 11001-03-28-000-2006-00079-00(4013), Demandante: Jose Luis Arcila Cordoba; Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento del Valle del Cauca; C.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de sala del 19 de mayo de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 68001-23-33-000-2016-00131-01.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 12 de diciembre de 2016, C.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 76001-23-33-007-2016-00146-02.



constituyó impedimento alguno para conocer la controversia, inclusive, anular la elección.

3.6. Lo hasta aquí expuesto para resaltar de un lado, que dicha pretensión de carácter subjetivo y resarcitorio no constituye un impedimento para la continuidad del proceso de la referencia y la garantía del acceso a la administración de justicia, y de otro, para ponerle de presente al juez de primera instancia tal circunstancia a fin de que adopte los correctivos pertinentes en aras de lograr el debido impulso y resolución del asunto planteado.

3.7. No tener presente las anteriores consideraciones podría conllevar a que en esta etapa del proceso se decidiera tramitar la controversia como un asunto de nulidad y restablecimiento del derecho (debido a la pretensión consistente en nombrar al primero de lista de elegibles), desconociendo que el demandante por solicitud del juez de primera instancia y con el fin de que la controversia planteada se ventilara a través del medio de control de **nulidad electoral**, excluyó todas las solicitudes de naturaleza económica (pago de prestaciones y salarios dejados de percibir), y por ende, de manera libre y voluntaria (pues a través de los recursos también tenía la alternativa de insistir en la forma inicial en que presentó la demanda) aceptó que el fin principal del debate planteado es discutir sobre la legalidad del acto de elección y no respecto a la indemnización de los daños que el mismo le pudo haber causado, lo cual se itera, se acompasa plenamente al medio de nulidad electoral.

4. Problemas jurídicos

De acuerdo con el escrito de impugnación se identifican los siguientes:

4.1. Si el Tribunal Administrativo del Tolima al correr traslado de la solicitud de suspensión provisional, desconoció el trámite especial del medio de control de nulidad electoral.

4.2. Si contrario a lo establecido por el juez de primera instancia mediante el auto del 5 de junio de 2018, el demandante cumplió con la carga argumentativa y probatoria que le asiste, a fin de lograr la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor



Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como Personero Municipal de Ibagué.

4.3. Por cuestiones de orden metodológico se analizará: i) la figura de la medida cautelar en los procesos electorales y ii) el caso en concreto.

5. La medida cautelar en el proceso electoral

5.1. Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

“(...) Era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar “daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante”.³⁶ Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de

³⁶ Sentencia C-490 de 2000 (MP Alejandro Martínez Caballero. Unánime). En ese caso, al estudiar algunas normas relativas a medidas cautelares en el proceso civil, la Corte dijo: “La Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (CP art. 228). [...] Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultarían inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”.



asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva (...)"³⁷

5.2. Dentro de tales medidas, se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011³⁸. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio³⁹.

5.3. Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:

***“Artículo 231.-** Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)"*

5.4. Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 ídem establece una regla específica respecto de la suspensión provisional, con el siguiente tenor:

***“Artículo 277.-** En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación..."*

5.5. A partir de las normas citadas, se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa

³⁸ Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

(...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)

³⁹ Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.



accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y; (iii) dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda⁴⁰.

5.6. De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, **en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez** en la correspondiente admisión de la demanda.

5.7. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrojados a esta etapa del proceso, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento.

6. Caso en concreto

6.1. Resolución del primer problema jurídico planteado – sobre la presunta irregularidad frente al traslado de la medida cautelar

6.1.1. Alegó el demandante, que al correrse traslado de la solicitud de suspensión provisional se desconoció el carácter especial del proceso de nulidad electoral. Para tal efecto, trajo a colación algunas consideraciones que **supuestamente** pertenecen a la providencia del 29 de mayo de 2014 de la Sección Quinta del Consejo de Consejo, dictada dentro del proceso N° 25000234200020130687101, C.P. Susana Buitrago Valencia, según la cual *“el trámite de la medida cautelar de contenido electoral no está sujeto a correr traslado previo de la misma al demandado”*.

Se subraya que las consideraciones transcritas supuestamente pertenecen a la providencia del 29 de mayo de 2014 dictada al interior del proceso antes señalado, pero al revisar en el software de gestión judicial Siglo XXI las principales actuaciones del mismo, se tiene que

⁴⁰ Sobre el particular ver entre otros: auto de 4 de mayo de 2017 Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00, C.P. Rocío Araújo Oñate, auto de 30 de junio de 2016, Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01 Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 25 de abril de 2016, Rad 11001-03-28-000-2015-00005-00 C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio; auto de 4 de febrero de 2016, Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; auto de 21 de abril de 2016, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00 C.P. Rocío Araújo Oñate.



corresponde a una acción de tutela que en segunda instancia fue rechazada por improcedente por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado mediante fallo del 5 de marzo de 2014, C.P. Alfonso Vargas Rincón, que fue enviado para revisión a la Corte Constitucional el 8 de abril del mismo año, sin que se observe providencia alguna con data del 29 de mayo de 2014.

6.1.2. Ahora bien, pese a la imprecisión que cometió el demandante al identificar el pronunciamiento en que sustentó su dicho, no se desconoce que la Sección Quinta con anterioridad, en algunas de sus providencias⁴¹ (que no fueron ajenas a aclaraciones de voto sobre el particular) sostuvo que no era posible dar traslado de la medida cautelar al interior del proceso de nulidad electoral, pero también, que dicha postura fue precisada en el sentido de aclarar que si bien el mencionado traslado no es obligatorio en el referido trámite especial, le corresponde a cada autoridad judicial decidir si otorga el mismo “para una mejor garantía de los derechos de contradicción y defensa”⁴² o, si por el contrario, resuelve de plano la medida cautelar, por ejemplo cuando la misma tiene carácter de urgencia en aras de garantizar materialmente los derechos en riesgo y el objeto de proceso. En tal sentido, resultan ilustrativas las siguientes consideraciones contenidas en el auto del 2 de agosto de 2018, recientemente proferido por esta Sala de decisión:

“(...) debe recordarse que, tratándose del proceso electoral, la norma que regula lo relacionado con el trámite de la medida cautelar es el artículo 277 del CPACA, el cual en el aparte pertinente establece: “En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección...”

Como puede observarse, a diferencia del proceso ordinario, el legislador no previó, al menos no de manera explícita, que en los procesos electorales debiera correrse traslado de los fundamentos de la medida cautelar a la parte contraria, /.../

Bajo esta disyuntiva fueron dos las posiciones que se acuñaron en el órgano de cierre en materia electoral, una que abogaba por interpretar exegéticamente el artículo 277 del CPACA y, por ende, sostenía que no era posible dar traslado de la medida cautelar y otra que propendía por dar aplicación al artículo 233 ibídem, toda vez que esté en nada riñe con la naturaleza del medio de control previsto en el artículo 139 ejusdem. De lo anterior dan cuenta las providencias proferidas en los años 2012 a 2014 y

⁴¹ Algunas de estas se relacionan en la transcripción que se ilustra a continuación.

⁴² Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 1º de junio de 2017, C.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00.



sus respectivas aclaraciones de voto en las que se defendía una u otra posición⁴³.

*Sin embargo, en la actualidad la Sección Quinta entiende que dicho trámite **no es obligatorio, ni imperioso** y que, por consiguiente, corresponde a cada autoridad judicial decidir si da aplicación al artículo 233 del CPACA cuando le corresponda resolver sobre una medida cautelar solicitada en un proceso electoral o, si por el contrario, resuelve de plano esta solicitud⁴⁴.*

Si esto es así, no cabe duda que no puede existir ningún reproche por el hecho de que en el caso concreto no se hubiese dado traslado al demandado de los fundamentos de la medida cautelar, toda vez que no existía obligación de hacerlo, pues dicho trámite en los procesos electorales se surte bajo los principios de independencia y autonomía del juez⁴⁵.

6.1.3. En virtud de lo expuesto, no advierte la Sala irregularidad en el hecho que el juez de primera instancia le haya corrido traslado de la medida cautelar a la parte demandada en aras de brindar un margen más amplio de protección de los derechos a la defensa y al debido proceso, que no resulta incompatible con la naturaleza especial del procedimiento de nulidad electoral, sobre todo cuando no se evidencia ni fueron invocadas situaciones de urgencias como para considerar que el traslado concedido atentó contra la intervención oportuna del juez administrativo frente a los derechos invocados.

6.1.4. En este punto vale la pena recordar, que aunque en tratándose de medidas cautelares en general nos encontramos frente a situaciones apremiantes que requieren la intervención expedita del juez a fin de garantizar materialmente los derechos e intereses en riesgo, cuando aquéllas se invocan como de urgencia al tenor del artículo 234 del CPACA, se requiere acreditar una situación de tal inminencia y gravedad que hace imperativa la impostergable intervención del juez, al punto que debe prescindirse del trámite ordinario de las cautelas pretendidas, concretamente del traslado de las mismas a fin de propiciar un espacio previo de discusión, so pena que por el transcurso del tiempo y las particularidades de los casos

⁴³ Al respecto consultar, entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto, radicación 2013-00021 CP. Susana Buitrago Valencia y aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 14 de julio de 2014 radicación 11001-03-28-000-2014-00039-00 CP. Susana Buitrago Valencia y aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro.

⁴⁴ Salvo que se trate de una medida cautelar de urgencia, evento en el que no es posible dar traslado a la parte contraria de los fundamentos de la medida cautelar. Sobre el punto consultar: Consejo de estado, Sección Quinta, auto de Sala del 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00048-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de agosto de 2018, C.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2018-00394-01. En similar sentido puede apreciarse: 1) Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 1º de junio de 2017, C.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00. 2) Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 16 de junio de 2016, C.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 41001-23-33-000-2016-00059-01. 3) Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 21 de abril de 2016, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 47001-23-33-000-2015-00492-01.



sub judice se torne ineficaz cualquier actuación tendiente a proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia⁴⁶. Tan es así, que en los siguientes términos se ha hecho énfasis en el carácter autónomo de este tipo de medida como mecanismo de protección reforzada de la tutela judicial efectiva:

*“(...) el Despacho pone de presente el carácter decididamente **autónomo** de la tutela cautelar a través de las denominadas “medidas cautelares de urgencia”, establecidas en el artículo 234 del Código y que pretenden la adopción de una medida provisional de manera inmediata, en donde dada la situación de inminente riesgo de afectación de los derechos del interesado, se prescinde del trámite de notificación a la contraparte y puede ordenarse la medida, inclusive, de manera previa a la notificación del auto admisorio de la demanda (conforme al artículo 229 del Código); en otras palabras, esta disposición constituye una protección reforzada al derecho convencional de toda persona de contar con un recurso judicial efectivo en caso de graves violaciones de derechos humanos⁴⁷, dado el apremio con que se adopta dicha medida cautelar, dejando de ser accesoria y subordinada al proceso contencioso administrativo principal adquiriendo unas características y contornos particulares y diferenciados, pues ella en sí misma constituye, a la luz del procedimiento contencioso, un recurso judicial sui generis de urgencia para la protección de los derechos de los asociados. Es estos términos, como una medida autónoma garante de los derechos humanos, que se debe interpretar y aplicar, en adelante por parte de los Jueces Administrativos la tutela cautelar de urgencia”⁴⁸ (Destacado fuera de texto).*

6.1.5. Teniendo en cuenta las consideraciones que anteceden, no se evidencia de los argumentos expuestos por el actor ni de las pruebas allegadas con la solicitud de suspensión provisional, que el mismo haya acreditado una situación de tal entidad que le impusiera al juez de primera instancia prescindir del traslado de la medida cautelar, motivo por el cual la decisión de éste de propiciar un espacio previo

⁴⁶ Sobre el particular puede apreciarse la siguiente providencia, en la que se destacó la estrecha relación entre la resolución expedita de las medidas cautelares de urgencia y la garantía de los derechos de acceso a la administración de justicia y debido proceso: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2017, Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-15-000-2017-00299-01

⁴⁷ Ha dicho sobre este punto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva sobre las Garantías Judiciales en Estados de Emergencia: “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado Parte en el cual semejante situación tenga lugar. En ese sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párr. 24.

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, providencia del 2 de mayo de 2016, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E), Rad. 11001-03-26-000-2014-00153-00(52445), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa (E).



de discusión, en manera alguna resulta contrario al ordenamiento jurídico ni al trámite especial del medio de control de nulidad electoral.

6.2. Resolución del segundo problema jurídico – de la negativa de la suspensión provisional

6.2.1. En síntesis, el demandante sustentó la procedencia de la suspensión del acto de elección del señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra como Personero Municipal de Ibagué, en el presunto desconocimiento del artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 (que compiló el artículo 4 del Decreto 2485 de 2014) y del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 (que modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994), los cuales establecen que los personeros serán elegidos previo concurso público, en virtud del cual se conformará en estricto orden de mérito la lista de elegibles, con la cual se cubrirá la vacante con la persona que ocupe el primer puesto.

Lo anterior, (i) porque el ciudadano antes señalado en el concurso de méritos para elegir el Personero de Ibagué ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, (ii) en ésta el primer puesto fue obtenido por Efraín Hincapié González, quien no fue elegido pese a que tenía derecho de conformidad con las normas antes señaladas, y (iii) porque el Concejo Municipal de Ibagué para no elegir a quien ganó el proceso de selección, modificó de manera intempestiva e injustificada las reglas y el cronograma del concurso de méritos a través de las Resoluciones N° 397 del 25 de octubre de 2017 y 415 del 3 de noviembre del mismo año, a fin de verificar si dicho concursante se encontraba inhabilitado o presentaba algún conflicto de intereses para ser elegido, concluyendo de manera incorrecta que sí lo estaba, pese a que existen conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior que sostienen lo contrario.

6.2.2. Por su parte, el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra y el Concejo Municipal de Ibagué, en suma sostuvieron que no se eligió al demandante como personero municipal, pese a que obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos respectivo, por encontrarse incurso en situaciones de inhabilidad, incompatibilidad y/o conflicto de intereses, en atención a que para el momento de inscribirse al concurso *“ostentaba el cargo de Contralor Departamental, en segundo lugar, ejerció como empleado público o autoridad política en el municipio de Ibagué y además de lo anteriormente descrito, el solicitante era contratista de la entidad que efectuó las*



*pruebas de conocimiento en el concurso, lo cual deviene en un conflicto de intereses palpable*⁴⁹.

6.2.3. Frente a la controversia planteada, por una parte debe considerarse, como lo ha precisado esta Sección con anterioridad, inclusive, para el caso específico de la elección del Personero Municipal de Ibagué, que el concejo municipal en atención a las funciones de dirección, conducción y supervisión del concurso de méritos, le corresponde verificar la existencia de inhabilidades frente a los concursantes⁵⁰, lo que está en consonancia con el artículo 36 de la Ley 136 de 1994, que establece que “(n)inguna autoridad podrá dar posesión a funcionarios elegidos por el Concejo que *no acrediten las calidades exigidas para el cargo, o que estén incurso en las causales de inhabilidad que señalen la Constitución y la ley, previa comprobación sumaria.* El funcionario que contravenga lo dispuesto en este artículo, incurrirá en causal de mala conducta” (subrayado fuera de texto).

De otro lado, no puede perderse de vista que con el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, *“la elección del personero dejó de estar al arbitrio del concejo municipal”*⁵¹, en atención que se estableció como requisito previo a la elección el desarrollo de un concurso público de méritos, y en consecuencia, de conformidad con el artículo 4° del Decreto 2485 de 2014, que fue compilado por el artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, que la vacante respectiva se cubra *“con la persona que ocupe el primer puesto de la lista”* de elegibles respectiva.

Se resaltan las anteriores circunstancias, porque la parte demandada antepone ante el presunto desconocimiento de las normas que establecen la existencia de un concurso de méritos y la consecuente obligación de nombrar a quien obtuvo el puntaje más alto, el deber de verificar que la persona a ser elegida no esté incurso en causal de inhabilidad, y por consiguiente, la eventual existencia de una situación objetiva para no nombrar a quien se encuentra en el primer lugar de la lista de elegibles.

6.2.4. En ese orden de ideas, uno de los aspectos centrales de la controversia planteada, estrechamente relacionado con la procedencia de la solicitud de suspensión provisional del acto de

⁴⁹ Folio 52 del cuaderno N° 1 de medidas cautelares.

⁵⁰ Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 1° de diciembre de 2016, Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez,

⁵¹ *Ibidem*.



elección, consiste en evaluar la validez de las razones que invocó el Concejo Municipal de Ibagué para no elegir al señor Efraín Hincapié González, lo que de suyo, implica estudiar con fundamento en las pruebas aportadas al proceso, las situaciones de hecho a partir de las cuales se alegó la existencia de una inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses (en los términos de la parte demandante), así como la pertinencia de las normas invocadas alrededor de tales circunstancias, entre las cuales se destacan el inciso final del artículo 272 de la Constitución Política⁵², el numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994⁵³ y los literales a, b y g del artículo 174 de la misma ley⁵⁴, que en términos generales fueron argüidos con el fin de ilustrar la imposibilidad de ser elegido como personero, cuando con anterioridad se han desempeñado en la entidad territorial correspondiente ciertos cargos y/o ejercido autoridad política, civil, administrativa o militar, con la antelación que define la misma ley. Esto en atención a que el demandante fungió como Contralor Departamental del Tolima y concursó para ser Personero Municipal de Ibagué.

6.2.5. Ahora bien, para emprender un estudio como el descrito con anterioridad, y por consiguiente, establecer la validez de las razones invocadas por el Concejo Municipal para elegir al señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra en lugar del demandante, se requiere contar con las pruebas pertinentes y conducentes que permitan establecer cuándo y mediante qué acto el actor fue elegido como Contralor Departamental de Tolima, durante qué período desempeñó dicho empleo y a qué título, hasta cuándo ejerció el mismo, las funciones asignadas, entre otros aspectos que los documentos aportados al

⁵² “Quien haya ocupado en propiedad el cargo de contralor departamental, distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio, ni ser inscrito como candidato a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.”

⁵³ “ARTÍCULO 95. Inhabilidades para ser alcalde. <Artículo modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.

⁵⁴ “ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

a) Esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal, en lo que le sea aplicable;

b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio;

(...)

g) Durante 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;”.



presente trámite no suministran de manera directa, clara, precisa y suficiente, pues simplemente hacen referencia general al hecho que el peticionario fue contralor departamental y/o que desempeñó dicho cargo en el momento de la inscripción al concurso de méritos para Personero Municipal de Ibagué.

6.2.6. Asimismo, se tiene que el demandante en los argumentos de hecho y derecho que desarrolló al solicitar la medida cautelar, no controvertió de manera clara, precisa y concreta las razones por las cuales el Concejo Municipal de Ibagué en la sesión en que se dictó el acto de elección acusado, consideró que no podía elegírsele, asociado a situaciones de inhabilidad, incompatibilidad y/o conflicto de intereses.

En efecto, no se evidencia una labor argumentativa ni probatoria tendiente a controvertir las circunstancias que fueron invocadas como impedimento de su elección, pues sobre el particular se limitó alegar que el concejo municipal desconoció los conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública y del Ministerio del Interior, que a su juicio señalan que no está inhabilitado para ser elegido como personero.

Se hace énfasis en la manera insuficiente en que el demandante ahondó en el asunto al solicitar la medida cautelar, en atención a que como se expuso en el numeral 4 de la parte motiva de esta providencia, quien pretende la suspensión de una decisión que se presume legal, le asiste el cumplimiento de una carga mínima a fin de lograr su cometido.

6.2.7. No obstante lo anterior y **sin perjuicio de la valoración que se efectúe en las etapas correspondientes, de los conceptos rendidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública y el Ministerio del Interior**, que fueron dictados a solicitud del Concejo Municipal de Ibagué, quien formuló varios interrogantes relacionados con la presunta imposibilidad de elegir al demandante como personero porque se desempeñó como Contralor del Departamento del Tolima y el hecho de que fue contratista de la ESAP⁵⁵, se evidencia lo siguiente:

⁵⁵ Los interrogantes respectivos puede apreciarse a folios 269-270, 292-293 del cuaderno N° 2 de medidas cautelares.



6.2.7.1. En cuanto al concepto rendido el 23 de noviembre de 2017 por el Ministerio del Interior⁵⁶, se observa que consideró necesario contar con mayor información relacionada con las funciones de las personas implicadas a fin de establecer si ejerció jurisdicción o autoridad política, civil administrativa o militar en los términos del numeral 2° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

6.2.7.1.1. En similar sentido se pronunció sobre lo relativo al supuesto conflicto de intereses por el contrato de prestación de servicios suscrito entre el concursante y la ESAP, debido a la insuficiencia de información para llegar a una conclusión.

6.2.7.1.2. Por otra parte, respecto a la supuesta existencia de inhabilidad por el hecho de que un contralor departamental que cumplió sus funciones en el municipio de Ibagué, se inscribió en el concurso para ser personero de la entidad territorial antes señalada, el Ministerio del Interior indicó de manera muy general, que en principio de dicha circunstancia no se predica alguna inhabilidad, porque la imposibilidad de **inscribirse** bajo tales condiciones se predica frente a los cargos de elección popular, connotación que no tiene el empleo de personero. Empero, a renglón seguido aclaró que por la complejidad del asunto y la variedad de problemas jurídicos que se propusieron en la consulta, lo más conveniente era que ésta se elevara ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

6.2.7.1.3. Por lo tanto, al revisar el concepto de dicha cartera ministerial, se tiene que no fue conclusivo respecto a las situaciones que presuntamente impedirían la elección del señor Hincapié González, tanto así, que estimó necesario que el asunto lo revise otra autoridad, razón por la cual del mismo no puede predicarse como lo sostiene el actor, que estableció de manera clara y precisa que no tiene impedimento alguno para ser elegido como Personero del Municipio de Ibagué.

6.2.7.2. En cuanto al concepto del Departamento Administrativo de la Función Pública del 27 de noviembre de 2017⁵⁷, se estima pertinente transcribir la consulta que generó el mismo y las conclusiones de la respuesta correspondiente.

⁵⁶ Folios 88-90 del cuaderno N° 1.

⁵⁷ Folios 80-87 del cuaderno N° 1.



6.2.7.2.1. Frente al primer aspecto, se observa que el Presidente del Concejo Municipal de Ibagué preguntó:

“Un aspirante al cargo de personero Municipal de Ibagué que fue CONTRALOR DEPARTAMENTAL del Tolima hasta el 12/01/2016 quien se inscribió al concurso de meritos (sic) realizado por la ESAP en noviembre de 2015; pero la fecha de elección se tiene fijada para llevarse a cabo el 07 de noviembre de 2017, por rehacerse el concurso en cumplimiento del fallo del Consejo de Estado que dispuso “el concejo Municipal de Ibagué deberá realizar un nuevo procedimiento a partir de la convocatoria efectuada. En otras palabras, a los concursante ya inscritos deberán aplicárseles nuevamente las pruebas tanto objetivas como subjetivas previstas en el concurso de meritos (sic)”.

El concejo municipal al hacer el estudio de la hoja de vida del participante, se encuentra en el interrogante respecto de las causales de inhabilidad para personero municipal, en cuanto al art. 174 literal b) de la Ley 136 de 1994.

“b) Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio (no se establece si es inscripción o elección) o el art 95 de la ley en cita en su numeral 2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”.

Se inhabilita el participante en la (sic) concurso de meritos (sic) para personero municipal que tenía (sic) un cargo público de contralor departamental que cumplió sus funciones en el respectivo municipio y se inscribió ejerciendo dicho cargo pero la elección se hace 2 años después?

2- hay (sic) (conflictos de intereses si un catedrático de la ESAP de Bogotá con su contrato de ejecución en Bogotá DC. Se inscribe al concurso de méritos de personero municipal de Ibagué y las pruebas las hace ESAP Ibagué y la universidad ESAP certifica que el participante no tiene inherencia ni en el concurso ni ejecuta contrato en el municipio?”.

6.2.7.2.2. Frente a los anteriores interrogantes, el Departamento Administrativo de la Función Pública, luego de análisis correspondiente concluyó:

“1. Las inhabilidades son restricciones fijadas por el constituyente o legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas, se colige que estas son taxativas, es decir, están expresamente consagradas en la Constitución o en la Ley y su interpretación es restrictiva, razón por la cual no procede la aplicación analógica ni extensiva de las mismas.

2. Un ex contralor departamental que se retiró del servicio no se encuentra inmerso en la causal de inhabilidad para ser elegido personero consagrada



en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 que consiste en haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, toda vez que el empleo de contralor departamental no es un “cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio”.

3. Con respecto a la incompatibilidad de los contralores departamentales, distritales o municipales consagrada en el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política, la cual consiste en no desempeñar empleo oficial alguno en el respectivo departamento, distrito o municipio sino un año después de su retiro, se considera que dicha incompatibilidad no se extiende a la inscripción en un concurso público de méritos, la norma restringe la posibilidad de desempeñar un cargo, que se concreta con el nombramiento y la posesión, y la de inscribirse como candidato a cargos de elección popular de los que están definidos en la Constitución y la ley.

4. Frente a la incompatibilidad de los contralores departamentales, distritales o municipales consagrada en el último inciso del artículo 272 de la Constitución Política para ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular durante el año siguiente a su retiro, se considera que bajo el entendido que el empleo de personero no es de elección popular sino de elección por parte del Concejo Municipal o Distrital, no aplica dicha incompatibilidad.

Con respecto a su segundo interrogante, sobre si existe algún conflicto de intereses para que un contratista de una entidad pública participe en un concurso de méritos para la elección de un personero municipal, teniendo en cuenta que la respectiva entidad donde labora es la que adelanta las pruebas de dicho concurso, me permito informarle que el conflicto de intereses es una figura jurídica en virtud de la cual los servidores públicos tienen un interés particular y directo en la regulación, gestión, control o decisión del asunto, o tenerlo alguno de sus parientes, afectando la toma de alguna decisión, en cuyo caso quien deba tomarla estará obligado a declararse impedido para hacerlo.

No obstante lo anterior, y como quiera que no se cuenta con la información referente a las obligaciones del contratista de la ESAP, es necesario copia del contrato de prestación de servicios y la certificación de la ESAP referida en su comunicación para efectos del análisis correspondiente.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia no es de obligatorio cumplimiento o ejecución ni compromete la responsabilidad de la entidad”.

6.2.7.2.3. *Añádase a lo anterior, que en la parte motiva de dicho concepto se consideró “que no se configura la inhabilidad prevista en el literal b) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, toda vez que el empleo del contralor departamental no es un cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio”. Esto después de precisar que en el caso particular, “el Contralor Departamental del Tolima no ejerce control fiscal en el Municipio de Ibagué, por contar este municipio con Contraloría Municipal”.*



6.2.7.2.4. Asimismo indicó el Departamento Administrativo de la Función Pública, con fundamento en un pronunciamiento de la Sección Quinta del Consejo Estado⁵⁸, que *“las inhabilidades establecidas para el alcalde en el artículo 95, numerales 2° y 5° de la Ley 136 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, no son aplicables al personero, toda vez que para el caso del desempeño de cargos o empleos públicos el literal b) del artículo 174 de esa misma ley establece una causal específica de inhabilidad para el personero: la de que no puede ser elegido como tal quien “Haya ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio”. Al existir una norma especial y restringida en este punto, no parece razonable extender a los personeros la inhabilidad sobre el mismo tema prevista para el alcalde”*.

6.2.7.2.5. Del mencionado concepto, se insiste, sin perjuicio de la valoración que posteriormente se haga del mismo durante el transcurso del proceso, en primer lugar se tiene que no fue conclusivo por falta de información respecto a la presunta existencia de un conflicto de intereses del demandante y la ESAP como la entidad encargada de llevar a cabo las principales actuaciones del concurso de méritos, de allí que no puede concluirse que sobre el particular fue dictado un pronunciamiento en sentido favorable al señor Hincapié González, contrario a lo que éste indicó en la sustentación de la medida cautelar.

6.2.7.2.6. Empero, la anterior conclusión no se predica del análisis que se efectuó respecto a las situaciones relacionadas con que el demandante fue Contralor Departamental del Tolima, pues frente a las mismas el Departamento Administrativo de la Función Pública fue claro y preciso en exponer las razones por la que a su juicio no existe inhabilidad o incompatibilidad alguna.

6.2.7.2.7. No obstante, sin desconocer la importancia del análisis efectuado por la entidad antes señalada, estima la Sala que dicho concepto (que no es obligatorio⁵⁹) no puede tenerse en cuenta como la única prueba a fin de establecer la validez de las razones que invocó el Concejo Municipal del Ibagué para no elegir al demandante, pues en principio se evidencia que el mismo fue construido únicamente a partir de la información suministrada por la corporación pública en la consulta respectiva, sin que advierta valoración referente a las pruebas que den cuenta de los pormenores de la vinculación del actor a la Contraloría del Departamento del Tolima, pruebas que se insiste,

⁵⁸ Hizo referencia al fallo 02813 del 3 de mayo de 2002, C.P. Darío Quiñónez Pinilla.

⁵⁹ Artículo 28 del CPACA.



de manera directa, clara y precisa permitirán establecer hechos como cuándo y mediante qué acto el señor Hincapié González fue elegido como contralor, durante qué periodo desempeñó dicho empleo y a qué título, hasta cuándo ejerció el mismo, cuáles fueron las funciones asignadas, entre otros aspectos que se requieren para establecer sin lugar a dudas, si se incurrió o no en situaciones inhabilitantes para ser elegido como Personero de Ibagué.

6.2.7.2.8. Ahora bien, con lo anterior en manera alguna se está indicando que el referido concepto carezca de valor probatorio, sino simplemente que el mismo debe ser valorado con otros elementos de juicio que no han sido aportados en este momento del proceso, los cuales se requieren para verificar la validez del acto de elección acusado.

Desconocer lo expuesto significaría predicar que en casos como el presente la existencia de un concepto que no es obligatorio, resulta suficiente para suspender el acto de elección.

6.2.8. En tal sentido se itera, el peticionario al solicitar la suspensión provisional se limitó a citar los mencionados conceptos para controvertir las situaciones por las cuales el concejo municipal no lo eligió como personero, sin exponer concretamente porque no está incurrido en alguna de las situaciones de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses que le fueron imputadas, situación que al parecer pretendió superar al interponer el recurso de apelación contra el auto que negó la medida cautelar, en el que sin aportar o señalar las pruebas que respalden su dicho, hizo énfasis en que por la fecha en que culminó su labor como contralor departamental (12 de enero de 2016) y el hecho que los contratos de prestación de servicios que suscribió con la ESAP los ejecutó en Bogotá, carecen de fundamento las razones por las cuales no fue elegido.

6.2.9. Finalmente, resulta necesario precisar que el recurso de apelación contra el auto que negó la medida cautelar se circunscribe a los asuntos que abordó o debió abordar el mismo teniendo en cuanto los argumentos de hecho y derecho que fueron expuestos por las partes en primera instancia, no respecto de situaciones nuevas que el *A quo* no tuvo la oportunidad de analizar, toda vez que no resultaría válido ni justo efectuar un juicio de reproche frente a circunstancias que no le fueron oportunamente presentadas al operador judicial.



Se hace esta aclaración, en atención a que el demandante en el recurso de apelación expuso como situaciones que a su juicio justifican que se acceda a la suspensión provisional, (i) el hecho que el Concejo Municipal de Ibagué al determinar que no podía elegirlo, no le otorgó la oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, y por otra parte, (ii) que respecto de la persona que resultó elegida, el señor Camilo Ernesto Ossa Bocanegra, no se efectuó análisis de inhabilidad, conflicto de intereses o incompatibilidad, asuntos que no fueron ventilados al sustentarse la medida cautelar, por ende, que no pudieron ser abordados por el juez de primera instancia y por consiguiente, que no son susceptibles de estudio en apelación.

6.2.10. En conclusión, no resulta procedente la suspensión provisional solicitada, comoquiera que para analizar la elección acusada se requiere examinar la validez de las circunstancias que fueron invocadas por el Concejo de Ibagué para no elegir al demandante como personero municipal pese a que obtuvo el primer lugar en la lista de elegibles respectiva, para lo cual a su vez se requiere que en la etapa probatoria bien a petición de parte o de oficio se decreten y practiquen las pruebas pertinentes y conducentes tendientes a verificar tales circunstancias, y con las mismas en la sentencia correspondiente efectuar el estudio a que haya lugar, que en esta oportunidad con el actual acervo probatorio no es dable emprender.

6.3. DECISIÓN

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR el auto del 5 de junio de 2018 que negó la medida cautelar solicitada por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.



Demandante: Efraín Hincapié González
Demandado: Camilo Ernesto Ossa Bocanegra
Rad: 73001-23-33-000-2018-00204-01
Recurso de apelación

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera
(Aclaro voto)

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero
(Aclaro voto)

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero
(Salvo voto)



SC5780-6-1



GP059-6-1

