

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., nueve (9) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00080-01

Actor: ELSA MAGDELY GARCÍA MOTTA

**Demandado: HEIDY LORENA SÁNCHEZ CASTILLO –
PERSONERA DEL MUNICIPIO DE NEIVA**

Fallo Electoral – Resuelve recurso de apelación

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Huila el 22 de septiembre de 2016 a través de la cual, declaró la nulidad de *“la Resolución No. 002 del 8 de enero de 2016 que provee el cargo de Personero Municipal de Neiva Huila para el periodo constitucional 2016-2020”* y decretó la suspensión provisional del mismo acto.

I. ANTECEDENTES

1.1. La Demanda

La señora **Elsa Magdiely García Motta** demandó en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 del CPACA, la nulidad de la elección de la señora **Heidy Lorena Sánchez Castillo** como personera de Neiva para el período institucional 2016-2020 contenida en Resolución No. 002 del 8 de enero de 2016.

Como pretensiones de su demanda solicitó que se declarara la nulidad de la Resolución N°. 002 del 8 de enero de 2016, expedida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Neiva,

por medio del cual se provee el cargo de Personero Municipal de Neiva Huila para el periodo 2016-2020, con la elección de Heidy Lorena Sánchez Castillo quien tomó posesión el 11 de enero de 2016.

En consecuencia, solicitó que se ordenara al Concejo municipal adelantar nuevamente el concurso de méritos para proveer el cargo de Personero Municipal de Neiva Huila periodo 2016-2020, con estricta sujeción a las normas que lo regulan.

Como sustento de su demanda manifestó que:

- i) Mediante Acuerdo No. 021 del 28 de septiembre de 2015 el Concejo municipal de Neiva reglamentó el concurso de méritos para elegir al personero de dicho ente territorial. En esta norma se estableció que la prueba de conocimientos tendría un porcentaje del 60% del total del concurso, la de competencias laborales 15%, el análisis de antecedentes otro 15% y finalmente, la entrevista 10%.

Por otro lado, se determinó que para calcular porcentaje de la valoración de antecedentes, la educación tendría un valor de 60% y la experiencia un 40%, dentro del 15% del análisis de antecedentes.

- ii) Mediante Resolución No. 120 de 13 de noviembre de 2015 la Mesa Directiva del Concejo convocó a concurso de méritos para la elección del personero de Neiva. En esta norma se fijó que para calcular el porcentaje de la valoración de antecedentes, la educación tendría un valor de 90 puntos (máximo 80 por estudios de educación formal y 10 por la no formal) y la experiencia 10 puntos, dentro del 15% del análisis de antecedentes.

Adicionalmente, en ella se asignó el mismo valor a una especialización que a un diplomado.

- iii) La Universidad Surcolombiana fue contratada para la realización del concurso, y según afirma la parte demandante, el día de la aplicación de la prueba de conocimientos se presentaron irregularidades como:

cuadernillos abiertos, todos los aspirantes a personero del Huila respondieron las mismas preguntas, algunas se basaron en normas derogadas o repetidas, y se omitieron preguntas de derecho penal procesal.

Por otro lado, señaló que la Universidad Surcolombiana en la propuesta presentada al Concejo de Neiva para adelantar el concurso público de méritos, ofreció dentro de su equipo de trabajo la participación de diferentes programas y facultades académicas ofertadas por la Universidad, no obstante señala que dichos programas no intervinieron en la elaboración de las preguntas que componían la prueba aplicada.

- iv) Igualmente, sostuvo el cargo de personero exige como requisito mínimo acreditar el título de especialización, y que como la demandada solo acreditó una especialización, no se le podía asignar puntaje por ese concepto en la valoración de antecedentes, como sucedió, pues en esa etapa solo se obtienen puntos por aquello que exceda lo exigido para ocupar el cargo.
- v) Mediante Resolución No. 002 del 8 de enero de 2016 se eligió a la demandada, Heidy Lorena Sánchez Castillo, como Personera del municipio de Neiva por ocupar el primer puesto en la lista de elegibles, toda vez que obtuvo un puntaje total de 75,3 y al segundo puesto se le asignó uno de 66,7. El puntaje obtenido por la demandada es resultado de las siguientes pruebas:

Prueba de conocimiento:

Puntuación estándar = 89

Puntuación ponderada (60%)= 53,4

Prueba de competencias laborales:

Puntuación estándar = 76,7

Puntuación ponderada (15%)= 11,5

Revisión de hoja de vida:

Puntuación estándar = 19

Puntuación ponderada (15%) = 2,9

Entrevista:

Puntuación estándar = 75

Puntuación ponderada (10%) = 7,5

TOTAL: 75,3

A su juicio, la situación descrita anteriormente da cuenta de la nulidad del acto acusado comoquiera que, según su criterio se materializó la causal contemplada en el artículo 137 del CPACA por cuanto con la elección se infringieron las normas en las que debía fundarse, esto es, los artículos 126 y 209 de la Constitución Política, 3 de la Ley 1437 de 2011, 35 de la Ley 1551 de 2012, 1 y 2 del Decreto 2485 de 2014 y el Acuerdo municipal de Neiva No. 021 del 28 de septiembre de 2015.

Además consideró que existió desviación de poder con la elección de la demandada, toda vez que las normas del concurso y la realización de la prueba buscaron favorecerla.

1.2. La solicitud de suspensión provisional No. 1

Mediante escrito allegado en cuaderno aparte, la actora solicitó la suspensión provisional del acto de elección de la señora Heidy Lorena Sánchez Castillo. Para el efecto argumentó que la convocatoria desconoció la norma en que debía fundarse, esto es el Acuerdo No. 021 del 28 de septiembre de 2015 mediante el cual el Concejo municipal de Neiva reglamentó el concurso de méritos para elegir al personero de dicho ente territorial.

Lo anterior, en consideración a que esta última norma señaló que para calcular el puntaje de la valoración de antecedentes, la educación tendría un valor de 60% y la experiencia un 40%, mientras que la Resolución N° 120 de 13 de noviembre de 2015 de la Mesa Directiva del Concejo de Neiva, que convocó a concurso de méritos para la elección del personero fijó como criterio para la valoración de la hoja vida un 90% la educación y un 10% la experiencia.

1.2. Auto que resolvió la primera solicitud de medida provisional

Se trata del adoptado por el Tribunal Administrativo del Huila del 9 de marzo de 2016, a través del cual resolvió en su numeral primero admitir la demanda de nulidad electoral y en el sexto negar la medida cautelar.

Como fundamento de la decisión de negar la medida cautelar, el *a quo* consideró que si bien hay contradicción entre el Acuerdo expedido por el Concejo municipal y la Resolución que convoca a concurso, dictada por la Mesa Directiva de esa Corporación, lo cierto es que el Decreto 1083 de 2015 que fija los estándares mínimos para la elección del personero municipal, en el artículo 2.2.27.2 dispone las etapas del concurso de méritos y en relación con las pruebas determina como tales la *“valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, la cual tendrá el valor que se fije en la convocatoria”*.

En consecuencia, concluyó que, según este decreto de rango superior, es la convocatoria la que debe fijar estos valores y es ella la norma que regula el concurso.

La anterior decisión no fue recurrida.

1.3. Contestaciones e intervenciones

1.3.1. Demandada

La señora Sánchez Castillo, a través de apoderado, contestó la demanda el 25 de abril de 2016¹, escrito en el que solicitó negar las pretensiones y propuso las siguientes excepciones:

- **Inepta demanda por falta de cumplimiento de los requisitos formales – indebida designación de la parte demandada-**

Al respecto indicó que del texto de la demanda se advierte que ésta se dirigió contra el municipio de Neiva – Concejo municipal, y no contra la elegida Heidy Lorena Sánchez Castillo, por lo que no se cumplen los requisitos legales y formales de la demanda.

- **La excepción denominada “*Observancia de las normas en que debía fundarse*”.**

¹ Ver folios 473

Se refirió a las normas que rigen la elección del personero. Agregó que los requisitos para ser elegido personero son: títulos de abogado y de postgrado.

Se refirió al Decreto 2485 de 2014 que fijó los estándares mínimos para el concurso de méritos para la elección de personeros municipales, norma que fue compilada por el Decreto único Reglamentario 1083 de 2015 del Departamento Administrativo de la Administración Pública. Así, señaló que con fundamento en este Decreto, el Concejo reglamentó el concurso, a través del Acuerdo No. 21 del 28 de septiembre de 2015. Y la convocatoria, dictada por la Mesa Directiva del Concejo de Neiva se realizó conforme a las normas señaladas.

Frente al argumento según el cual la convocatoria dio un valor superior a la formación académica favoreciendo a la demandada, señaló que ésta hizo énfasis en el aspecto académico, toda vez que el único requisito para ejercer el cargo está relacionado con esta y no con la experiencia. De tal suerte que dado que la norma no regula la experiencia como requisito principal, se traslada ésta a los requisitos adicionales para el ejercicio del cargo, que en virtud del artículo 2 literal c numeral 3 del Decreto 2485 de 2014 tendrán el valor que se fije en la convocatoria y en este proceso se reguló en el artículo 33 y siguientes de la Resolución 120 de 2015.

Por otro lado, respecto de la supuesta falta de objetividad de la convocatoria al otorgar igual valor a la educación formal de la no formal, adujo que el artículo 38 de la Resolución No. 120 de 2015, dispone que la educación formal relacionada con las funciones del cargo tendría un valor de hasta 80 puntos y la no formal igualmente relacionada con las funciones del cargo, hasta 10 (y la experiencia los 10 puntos restantes). En ese orden, considera que no es cierto que ambas modalidades de estudio tengan el mismo valor.

Para responder el argumento relacionado con la vulneración del principio de imparcialidad, al otorgar 90 puntos al factor de la educación, y solo 10 a la experiencia, señaló que de conformidad con el Decreto 2485 de 2014 y el Decreto Único Reglamentario 1083 de 2015, los únicos valores fijos del concurso para la

elección de Personero municipal son: i) la prueba de conocimientos que no será inferior al 60% respecto del total del concurso; y, ii) la entrevista, la cual no tendrá un valor superior del 10% de la valoración. Puntajes que a su juicio, fueron plenamente respetados en la convocatoria.

Por otra parte, el reproche relacionado con el hecho de que la Universidad Surcolombiana aplicara el mismo examen a los aspirantes al cargo en los diferentes municipios de Neiva, manifestó que no viola ninguna norma este hecho, pues así como el Concejo municipal de Neiva suscribió el convenio interadministrativo de cooperación con este fin, conforme lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2485 de 2014, la Universidad Surcolombiana suscribió convenios con otros 37 municipios cada uno a partir de sus propias convocatorias y potestades, y cada uno de los procesos de selección fue adelantado en trámites individuales por cada municipio.

Respecto a las presuntas irregularidades de las pruebas en tanto que no incluyó materias de evaluación y utilizó normas derogadas, expone que el artículo 22 de la Resolución No. 120 de 2015 no hace alusión expresa a normas que serían incluidas en las pruebas, sino a conceptos que se relacionan con las funciones del cargo.

Resaltó que en los fallos de tutela que se profirieron sobre las preguntas con errores de redacción o repetidas, se consideró que cuando existen tales inconsistencias todos los participantes enfrentaron en igualdad de condiciones ese grado de dificultad, y por tanto no existe irregularidad alguna que hiciera suspender su curso o anular sus efectos, salvo las 5 preguntas anuladas por la Usco al encontrarlas repetidas.

Frente a la falta de custodia y transparencia sobre el material físico de la prueba, explicó que el control del material estuvo a cargo de la Universidad y las instrucciones para la aplicación de la prueba indicaban que debía informarse al jefe de salón si el sobre entregado con la prueba no se encontraba sellado, pero en la prueba no se hizo ningún requerimiento al respecto, por lo que no se encuentra justificación al hecho de que solo una vez publicados los resultados de las mismas y teniendo certeza de

qué candidatos seguirían a la siguiente etapa y cuales saldrían del proceso, se mencionó fraude en el examen.

En lo que tiene que ver con la falta de publicación de reclamaciones afirmó que la publicidad de las decisiones se hizo a través de las páginas web del Concejo Municipal de Neiva y de la Usco, por comunicación directa a los participantes y por publicación en avisos puestos en las entidades interesadas, por lo que no tiene lógica que se acuse la falta de publicidad de las decisiones.

- **Excepción de “no configuración de desviación de poder”**

Invocó como excepción la no configuración de desviación de poder, pues la demandante presentó esta causal de violación sin probar que se haya impuesto el interés personal sobre el público de la función administrativa. Alegó que el cargo se limita a reiterar los aspectos ya analizados; además cuestiona que si la demandante, Elsa Magdiely García, no participó en el concurso de méritos y no tuvo el acceso necesario a las minucias del trámite.

Resaltó que el concurso de méritos se ajustó a las normas aplicables y el acto demandado estuvo precedido de varios actos en que participó tanto el Concejo municipal saliente como el entrante, por lo que no es posible pensar en que ambos concejos se pusieron de acuerdo para favorecerla.

1.3.2. Concejo de Neiva

Guardó silencio.

1.4. Trámite del proceso

El Magistrado Ponente adelantó la audiencia inicial el 1 de junio de 2016, en la cual:

i) Declaró saneado el proceso;

ii) Aclaró que si bien la demanda “carece de técnica en cuanto al cumplimiento de los requisitos formales y puntuales, también lo es que el juez la puede interpretar”, y en ese orden realizó la fijación del litigio

en los siguientes términos: “(...) corresponde a determinar si es nula la elección de la Dra. Heidy Lorena Sánchez Castillo como Personera del municipio de Neiva para el periodo 2016-2020, contenida en la Resolución 002 del 8 de enero de 2016, expedida por la Mesa Directiva del Concejo municipal de Neiva, por presunta violación del debido proceso administrativo y violación de normas superiores”;

iii) Se pronunció sobre las pruebas aportadas y solicitadas por las partes, en particular negó la prueba solicitada por la parte demandada consistente en requerir a la Surcolombiana que allegara “sendos certificados” con fundamento en que la parte solicitante las pudo conseguir directamente a través del derecho de petición.

En audiencia de pruebas celebrada el 15 de junio de 2016 se decidió prescindir de la de alegatos y juzgamiento y se fijó el término de 10 días para alegar de conclusión, los cuales finalizaron el 29 de junio siguiente.

1.5. Alegatos de conclusión en primera instancia

1.5.1. De la parte actora

Manifestó que la prueba de conocimientos practicada para el municipio de Neiva es de muy bajo nivel, comparada con la del municipio de Argentina. Adujo que revisado el cuadernillo de preguntas se advierte que no se hicieron preguntas sobre derecho penal, procedimiento penal, normas de policía y convivencia ciudadana, ordenanzas y acuerdos alusivos al cargo de personero, desconociendo el artículo 22 de la Resolución 120 de 2015, no obstante en la prueba practicada al concurso de Pitalito y La Argentina si se respetaron los temas a evaluar.

Señaló que se incluyeron preguntas con fundamento en normas derogadas, preguntas ajenas a los temas previstos en la Resolución que hacían referencia a los conflictos de competencia de los funcionarios judiciales, los poderes del juez, competencia del juez y los factores que determinan la competencia de los jueces civiles, y preguntas repetidas como las No. 41 y 53, 10 y 68, 14 y 69, 15 y 70, 12 y 72, 11 y 73, 20 y 75, 21 y 74. Advirtió que si se anularán estas preguntas o al menos algunas, variaría el puntaje de los participantes.

Realizó un cuadro comparativo de la hoja de vida de varios participantes incluyendo la formación académica y la experiencia, afirmando que en el expediente administrativo solo se allegaron los resultados publicados en la web de la Usco, pero no se fue posible conocer cómo se obtuvieron esos puntajes.

Comparó los estudios y experiencia acreditados por el participante José Adolfo González Pérez con los presentados por Heidy Lorena Sánchez Castillo. Resaltó que el primero alcanzó un puntaje de 19 puntos, a pesar de que él tiene una especialización adicional a la exigida en el requisito del cargo, ha realizado diplomados, tiene cursos entre 40 y 79 horas y cursos entre 15 y 39 horas, además de experiencia profesional, docente, específica.

Por otro lado, destacó que a Heidy Lorena Sánchez Castillo, quien no tiene especialización adicional a la exigida para el cargo, no acreditó diplomados ni cursos entre 40 y 79 horas, únicamente un curso entre 15 y 39 horas, solo acreditó experiencia relacionada pues la experiencia en cargos del nivel directivo como lo es la Personería de Neiva solo se adquiere después del grado, y no acreditó experiencia en investigación o docencia de tiempo completo ni experiencia específica, no debió obtener los mismos 19 puntos que le asignó la Universidad al otro participante mencionado.

Insistió en que los concursantes Andrés Peña Peña, Andrés Felipe Vanegas, Juan Carlos Clavijo y Oscar Huber Zúñiga acreditaron estudios y experiencias superiores a quien resultó elegida.

1.5.2. Parte demandada

1.5.2.1. Heidy Lorena Sánchez Murcia – Personera de Neiva

Manifestó que el Concejo municipal de Neiva es el competente para adelantar el concurso de méritos con el fin de proveer el cargo de Personero del Municipio de Neiva, y señaló que el procedimiento adelantado se ajustó a las normas y reglamentos aplicables, de manera que la elección como Personera municipal obedeció al mérito partiendo de la premisa de que el único requisito impuesto por la ley para ser elegido personero de un

municipio de primera categoría como el municipio de Neiva, es que tenga título de abogado y un postgrado, como se advierte de los artículos 35 de la Ley 1551 de 2012 y 170 de la Ley 136 de 1994.

Expuso que las personas fueron citadas en el salón donde se presentó la prueba de acuerdo con las instrucciones dadas por la Usco, y el material aplicado siempre estuvo asegurado por parte del aplicador, además que no obra prueba de que se haya favorecido a la demandada o se le haya puesto a disposición alguna condición que le hubiera hecho más favorable el resultado de la evaluación.

Sostuvo que la ley previó un mayor valor a la prueba de conocimiento dándole además carácter eliminatorio, privilegiando la mayor capacidad, idoneidad y potencialidad para ejercer las funciones, y en esta prueba el puntaje obtenido por la demandada fue el más alto del concurso a razón de 89 puntos sobre 100, con una diferencia de 12 puntos sobre el segundo mejor puntaje en ese ítem.

Concluyó que de las pruebas aportadas no se advierte violación al debido proceso ni a normas superiores, por lo que solicita se desestimen las pretensiones de la demanda.

1.5.2.2. Concejo de Neiva

No se pronunció.

1.5.3. El Agente del Ministerio Público.

No emitió concepto.

1.6. Solicitud de medida cautelar No. 2

Cuando el proceso se encontraba en la etapa de alegatos, esto es, el 29 de junio de 2016, la parte demandante radicó por segunda vez solicitud de medida cautelar, fundamentada en:

- i. La prueba de conocimientos aplicada a los aspirantes del municipio de Neiva fue de menor calidad que la aplicada a

los de Pitalito y la Argentina, desconociendo que el primero es capital de departamento.

- ii. La aplicación de la prueba de conocimientos se vio afectada por irregularidades como: cuadernillos abiertos, algunas preguntas se basaron en normas derogadas, otras repetidas, y se omitieron preguntas de derecho penal procesal a pesar de que la convocatoria dispuso que este sería uno de los temas a evaluar.
- iii. La demandada no podía obtener, en la valoración de la hoja de vida, un puntaje superior a los concursantes José Adolfo González Pérez y Andrés Felipe Vanegas Vanegas, Andrés Peña Peña, Juan Carlos Clavijo, Oscar Huber Zúñiga, porque ellos acreditaron más especializaciones y diplomados, y algunos de ellos, maestrías. Este argumento estuvo acompañado de un cuadro comparativo que realiza un análisis del puntaje que cada uno obtuvo.

La Secretaría del Tribunal Administrativo corrió traslado de la medida y oportunamente **la demandada** se opuso a ella señalando que ésta se basa en supuestos falsos.

Frente al primero de los argumentos manifestó que a todos los participantes se les aplicó la misma prueba en igualdad de condiciones.

Respecto del segundo indicó que el hecho de que no se hubiesen realizado preguntas de derecho procesal penal, en nada afecta la legalidad del concurso, pues si bien en la convocatoria se enunció este como uno de los temas que se podrían evaluar, en ningún momento se indicó la obligatoriedad de incluir todos los ítems allí mencionados. Ahora bien, en relación con las preguntas derogadas o repetidas, afirmó que ellas se aplicaron a todos los concursantes y fueron excluidas de la calificación.

Frente a las inconsistencias que supuestamente se encontraron en la valoración de la hoja de vida, indicó que lo que le permitió obtener ventaja numérica sobre los demás concursantes fue la prueba de conocimientos cuyo valor era del 60% de todo el concurso, y no la valoración de la hoja de vida, de manera que si fuera cierto que se le asignó un puntaje superior en ese factor, ello no cambiaría el resultado, porque mantendría el primer lugar

con lo obtenido en la primera prueba, pues la demandante no probó que otro concursante la superara.

Adicionalmente, el **apoderado de la demandada** se opuso a la medida cautelar, en consideración a que en ella no se alegaron argumentos distintos a los que fueron negados en el auto que resolvió la primera medida cautelar. Agregó que las inconformidades contra la convocatoria se pueden presentar en un proceso de simple nulidad, y no en este que es de naturaleza electoral, pues mientras no se desvirtúe su presunción de legalidad, era aplicable al concurso y es plenamente válido.

1.7. Pruebas de oficio

Por auto de 8 de agosto de 2016, el Magistrado Ponente solicitó de oficio la prueba que fue negada en la audiencia inicial a la parte demandante, consistente en requerir a la Surcolombiana allegar al proceso *“los antecedentes administrativos que reposen en dicha institución de educación superior (...) en lo que corresponda a la participante Heidy Lorena Sánchez Castillo identificada con cédula de ciudadanía (...), incluyendo las pruebas realizadas por ella y los métodos de calificación de sus pruebas y de valoración de estudios y experiencia, esto es, la forma en que se obtuvieron los puntajes asignados...”*

Esta prueba fue allegada el 17 de agosto de 2016². De ella no se corrió traslado a las partes.

1.8. Sentencia recurrida

Mediante **sentencia** del 22 de septiembre de 2016 el Tribunal Administrativo de Huila resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la Resolución No. 002 del 8 de enero de 2016 que provee el cargo de Personero Municipal de Neiva Huila para el periodo constitucional 2016-2020 en Heidy Lorena Sánchez Castillo, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.075.216.946 de Neiva, dentro del concurso público de méritos que adelantó el Concejo municipal de Neiva.

SEGUNDO: DECRETAR la suspensión provisional de la Resolución 002 del 8 de enero de 2016 ‘Por medio de la cual se provee el cargo de personero municipal de Neiva – Huila para el periodo constitucional 2016-2020’ expedida por el concejo

² Folios 634-781

municipal de Neiva, cuyos efectos operan una vez notificada la presente decisión, conforme lo indicado en la parte motiva y van hasta cuando quede en firme la presente sentencia.

(...).”.

Desestimó los cargos relacionados con la existencia de irregularidades en el desarrollo de la prueba y omisión de la publicación de resultados, reclamaciones, respuesta a reclamaciones y resultados de la valoración de estudios y experiencia. Sobre el particular, consideró que no se advertía del expediente prueba alguna que demostrara que se violó la garantía de confidencialidad y seguridad de las pruebas, más allá de la afirmación de la demandante.

Frente al cargo consistente en la violación de los criterios de valoración de estudios y experiencia, analizó los dos argumentos que lo sustentan, así:

Respecto de la vulneración del principio del mérito, por asignar el mismo valor a la educación formal que a la no formal, el Tribunal consideró que no se configuró esta irregularidad, porque la convocatoria le asigna una mayor puntuación a la educación formal, esto es 80 puntos, frente a la educación no formal de la que se puede obtener una puntuación máxima de 10.

El segundo de los argumentos que sustentan este cargo, sí lo encontró acreditado y es el relacionado con el hecho de que la Resolución N°. 120 del 13 de noviembre de 2015 por la cual se convoca a concurso de méritos por parte de la Mesa Directiva del Concejo municipal, desconoció el Acuerdo 021 del 28 de septiembre de 2015 proferido por la plenaria del Concejo en pleno, que reglamenta el concurso, toda vez que este último estipuló que del 15% de la valoración de la hoja de vida, la educación tendrá un valor de 60 puntos y la experiencia 40, mientras que la Resolución 120 del 13 de noviembre de 2015 señala que a la educación se le asignará una puntuación de 90 distribuidos así: 80 puntos por educación formal y 10 puntos por educación no formal, y 10 puntos más por experiencia.

En consecuencia, si bien la convocatoria pública es el marco regulatorio del concurso de méritos para la elección de Personero

municipal tanto para los participantes como para la entidad, y en ella debían fijarse los valores y porcentajes que rigen la calificación de las pruebas, para el Tribunal esta convocatoria no podía desconocer un marco regulatorio que había establecido con anterioridad el mismo Concejo Municipal, el Acuerdo 021 de 2015.

Por otro lado, el cargo de valoración ilegal de la hoja de vida de la demandada Heidy Lorena Sánchez Castillo, el *a quo* también lo encontró acreditado, para argumentar lo anterior, consideró que:

i. No le asiste la razón a la demandante cuando asevera que a la elegida se le calificó en la valoración de la hoja de vida, en el ítem de educación formal la especialización, a pesar de que ello era requisito mínimo para ejercer el cargo, porque de la certificación solicitada como prueba de oficio, expedida por la Vicerrectora de Investigación y Proyección Social³, se pudo determinar que por concepto de educación formal a la actora se le asignó un puntaje de cero.

ii. No obstante lo anterior, el Tribunal analizó los demás factores evaluados en la valoración de antecedentes, y encontró:

“En cuanto a la educación no formal se advierte que la demandada no allegó certificado de diplomado alguno o curso entre 40 y 79 horas que haya cursado, aportando 7 certificaciones de cursos y capacitaciones con intensidad entre 15 y 39 horas, lo que le asigna una puntuación máxima de 1.

En efecto, la convocatoria pública asigna un puntaje máximo a cada ítem a evaluar, y señala que la puntuación en la prueba de acreditación de estudios se otorga por la acreditación de un solo título o certificado en cada postgrado o curso o diplomado realizado, y no por cada título obtenido en cada uno de los ítems a evaluar, lo que significa que no podría asignarse un puntaje de 7 a la demandada como quiera que si bien aportó 7 certificaciones de cursos entre 15 y 39 horas, el puntaje máximo a asignar por este ítem es 1”.

Agregó que según la certificación referida, aportada por la Vicerrectora de Investigación y Proyección Social, la Universidad le asignó un puntaje de 10 por este ítem de educación no formal,

³ Folio 708.

sin que haya justificación o argumento alguno que soporte dicha puntuación.

Ahora bien, respecto del ítem de experiencia, el *a quo* consideró que la adquirida en el campo de la investigación debe ser con posterioridad al título de Abogado, de tal suerte que al encontrarse acreditada su experiencia en el área de investigación por un año por la Universidad Surcolombiana, se le debió asignar un puntaje máximo de 6.

Encontró que a la experiencia específica la convocatoria le asigna un puntaje máximo de 1. No obstante como la demandada no acreditó experiencia en los términos indicados, no puede otorgarse puntuación por este ítem.

Agregó que la experiencia profesional relacionada a la que la convocatoria le asigna un puntaje máximo de 1 se encuentra acreditada con las certificaciones allegadas por la demandada, por lo que se le asigna un puntaje máximo de 1.

Así las cosas, para el Tribunal, la demandada no podría obtener un puntaje superior a 7 en la valoración de la experiencia. Sin embargo, al acudir nuevamente a la certificación expedida por la Vicerrectora de Investigación y Proyección Social, advirtió que la Universidad Surcolombiana le otorgó una puntuación de 9 por la valoración de su experiencia docente, específica o profesional sin justificación o argumento alguno que soporte dicha puntuación asignada.

Por las anteriores razones declaró la nulidad del acto acusado.

Pues bien, el Tribunal Administrativo del Huila, además de declarar la nulidad de la elección, también decretó la suspensión del acto demandado. En relación con esta decisión, la providencia señaló:

“Respecto de la medida cautelar pedida con la presentación de la demanda y resuelta en el auto admisorio, existen, como hechos nuevos, el decreto e incorporación de las pruebas solicitadas por las partes y que en su análisis ha conllevado a anular el acto demandado.

Como se declarará la nulidad de la Resolución 002 de 2016, y tal declaración no genera automáticamente la suspensión de sus efectos, pues la nulidad está supeditada a la firmeza de la sentencia, la suspensión provisional conlleva tal hecho jurídico una vez notificada la decisión, dado que de conformidad con lo establecido en el artículo 236 del CPACA, que prevé que la apelación de la medida cautelar se concede en el efecto devolutivo, conlleva a que no se suspenda el cumplimiento de la medida cautelar, como se infiere de lo indicado en el artículo 323 CGP, pues la decisión per se, no es parte de la sentencia, sino que se resuelve en el mismo texto de ella.

Por tanto la suspensión provisional se concederá bajo el entendido que va hasta cuando quede en firme la sentencia”.

1.9. Recurso de apelación

Luego de resueltas las solicitudes de aclaración presentadas contra la anterior decisión, y ser negadas, la parte demandada apeló la anterior providencia.

Su recurso lo estructuró en 3 aspectos.

En el **primero**, solicitó la nulidad de la sentencia, por cuanto el *a quo* decretó una prueba de oficio (negada en la audiencia inicial), que le sirvió para encontrar acreditada la supuesta calificación irregular de la hoja de vida de la demandada, sin correr traslado de ella a las partes para poderla controvertir, lo cual vulnera su debido proceso.

En el **segundo**, apelo la decisión de decretar la suspensión provisional del acto demandando por cuanto no existe fundamento legal para hacerlo en la sentencia, la medida cautelar solo se puede pedir en la demanda, y no existieron hechos nuevos que la sustentaran. Alegó que en una misma providencia tomó dos decisiones de naturaleza distinta, cuyos efectos también lo son, lo cual vulneró su derecho al debido proceso.

Para la recurrente, la única razón para decretar la medida, era el hecho de que ésta sí tenía efectos inmediatos y el fallo no, dejando de lado los requisitos legales para imponerla y desconociendo que en este mecanismo de control no es posible presentar una segunda petición de medida electoral.

Lo anterior, lo sustentó en una providencia de esta Sección⁴, en la que se dijo que con fundamento en el artículo 277 del CPACA *“en el proceso electoral la medida de suspensión provisional solo puede solicitarse en la demanda y no en cualquier estado de este, como ocurre en el procedimiento ordinario...”*.

Y, en el **tercero**, cuestionó la decisión de fondo de declarar la nulidad de su elección, toda vez que:

a. A su juicio, la convocatoria respetó las normas en que debía fundarse, pues ella está conforme al Decreto 1083 de 2015 que establece que *“la convocatoria deberá ser suscrita por la mesa directiva del Concejo Municipal o Distrital, previa autorización de la Plenaria de la Corporación”* y así sucedió en el caso concreto. Además este Decreto dispone que la forma y valores a asignar a la educación y a la experiencia, serán los fijados en la convocatoria, por lo que el Acuerdo no tenía por qué reglamentar este aspecto.

Agregó que no se pueden imponer los contenidos del Acuerdo a la Resolución por ser la última posterior al mencionado Acuerdo y ser expedida por la autoridad legalmente competente para ello que lo es la Mesa Directiva del Concejo. Además señaló que la convocatoria está amparada por la presunción de legalidad y por tanto se debe aplicar.

b. Por otro lado, el Tribunal se excedió en el análisis de su hoja de vida, pues como lo alegó en su contestación, la demanda no cumplió con la carga de sustentar en debida forma los cargos que alegó; no obstante, el Tribunal interpretó la demanda, excediéndose en esta tarea, y un reflejo de ello es que la parte demandante solo planteó en la demanda una irregularidad al respecto, esto es, que a la especialización se le asignó puntaje en la valoración de antecedentes, a pesar de que por tratarse de un requisito mínimo para ejercer el cargo, no podía hacerlo.

A pesar de que el *a quo* encontró que lo anterior no fue así, porque por estudios formales la demandada obtuvo cero puntos, el Tribunal continuó con el estudio de los demás factores, sin que ello se le hubiera planteado en el libelo introductorio, sorprendiendo a la demandada, pues de ello no se defendió.

⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto del 12 de febrero de 2015. Radicado No. 2014-0087-00. Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia.

En ese orden de ideas, a su juicio, una vez se comprobó que no era cierto que a la especialización se le hubiera otorgado puntaje en la valoración de antecedentes, lo correcto era desestimar el cargo y no, como lo hizo, realizar estudios oficiosos.

Resaltó que si no se tenía certeza de cómo se asignaron esos valores, no podía, supliendo la carga de la prueba que le asistía la parte demandante, realizar suposiciones en contra del principio de favorabilidad.

Además, señaló que el fallo no hizo un estudio de incidencia del vicio en el resultado, toda vez que no se determinó si, aun calificando su hoja de vida de la manera como encontró que era “la correcta” otro aspirante la hubiera superado y reemplazado en el primer puesto. Lo anterior, en consideración a que la ventaja que obtuvo en el concurso fue resultado de su excelente puntaje en la prueba de conocimientos, en la cual se le asignaron 12 puntos más que al segundo puesto en esta prueba, que de paso sea dicho, era un 60% del concurso confrontado con un 15% en la valoración de antecedentes.

1.10. Concesión y admisión del recurso

El anterior recurso fue concedido mediante auto de 10 de noviembre de 2016⁵ y admitido a través de auto de 9 de diciembre de 2016⁶.

1.11. Alegatos de conclusión en segunda instancia

1.11.1. Demandada

La demandada presentó sus alegatos de conclusión mediante escrito del 16 de diciembre de 2016,⁷ en ellos solicitó revocar la decisión recurrida reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación; esto es, i) señaló que la convocatoria no desconoció las normas en que debía fundarse, porque respetó el Decreto 1083 de 2015; resaltó que es la convocatoria la única norma reguladora del concurso y que esta fue realizada con el

⁵ Ver folio 840.

⁶ Ver folios 849.

⁷ Ver folios 861 a 866.

lleno de los requisitos que fijó el referido decreto; además, ii) se refirió a que el análisis realizado por el *a quo* no se limitó a verificar si era cierto o no que a la demandada se le asignó puntaje por la especialización en la valoración de antecedentes, sino que analizó de oficio asuntos no propuestos en la demanda, y, en todo caso, valoró de manera parcial, únicamente la hoja de vida de Heidy Lorena Sánchez Castillo sin establecer si otro participante pasaba al primer lugar.

También resaltó lo señalado en la apelación, en el sentido de que la medida cautelar fue solicitada extemporáneamente y sin prueba sobreviviente, lo que evidencia la arbitrariedad de la decisión apelada.

1.11.2. Demandante

En los alegatos de conclusión presentados por correo electrónico el 16 de diciembre de 2016, la parte demandante solicitó que se confirme la sentencia apelada y se estudien también los cargos desestimados por el Tribunal.

Para sustentar lo anterior, insistió en que:

- a. La prueba de conocimientos aplicada a aspirantes del municipio de Neiva y la prueba de conocimientos aplicada a los municipios de Pitalito y Argentina no reflejan la *“dimensión de las funciones que debe asumir el personero del municipio de Neiva”*.
- b. Se presentaron irregularidades en la prueba de conocimientos, pues afirma que se repitieron preguntas, se dejó de preguntar sobre temas como derecho procesal penal, y se basaron en normas derogadas.
- c. No es posible establecer cómo la demandada obtuvo el puntaje asignado en la valoración de antecedentes, y para ello, compara los 19 puntos a ella asignados, y los mismos 19 que obtuvo el concursante José Adolfo González Pérez, quien acreditó ser profesional en derecho y especializado en derecho administrativo y en derecho penal, así como 5 diplomados.
- d. La cadena de custodia del examen no se garantizó y por ello *“con asombro quien mayor puntaje sacó en el examen de conocimientos tenía una enorme ventaja”*.

1.12. Concepto del Agente del Ministerio Público en segunda instancia

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó revocar la sentencia recurrida, en todas sus partes, por las siguientes razones:

Al respecto señaló que el artículo 125 de la Constitución establece el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, y en ese sentido la Corte Constitucional ha sido enfática en que la finalidad de ese artículo es que *“en últimas al cargo llegue el mejor de los concursantes, es decir, aquél que haya obtenido el más alto puntaje”*.

Así las cosas, resaltó que en el proceso no se demostró que la demandada no fuera la mejor de los concursantes, pues al realizar su propio análisis de antecedentes, advierte que si bien es cierto, coincide con la sentencia apelada en el sentido de que *“el puntaje real que ha debido ser asignado a la concursante es de 7 puntos y no como lo señala la certificación obrante a folio 708 (...) de 10 puntos”* lo cierto es que no sucede lo mismo con lo considerado por el Tribunal respecto de la valoración de la experiencia, pues en efecto, acreditó 3 años de experiencia docente e investigativa, es decir, 3 puntos; 6 años de experiencia profesional, para otros 3 puntos, de manera que el puntaje total sí está bien en 9 puntos.

En efecto, para el Ministerio Público, la actora debió obtener 16 puntos y no 19 como le fue asignado en el concurso; entonces, el puntaje que debió serle asignado ($16 \times 15\%$) era de 1.44 y no de 2.9 como lo hizo la Universidad.

No obstante, *“esta variación en el resultado final del concurso no varía el resultado, por cuanto la diferencia que existe entre la designada y el concursante que ocupó el segundo puesto en el proceso es de más de 8 puntos, vale decir, que la irregularidad demostrada no altera el resultado final de la elección y en ese entendido la misma se ha de mantener incólume”*.

En ese orden de ideas, concluyó que el Concejo eligió como personero a quien en rigor fue el ganador del concurso y en ese sentido no había lugar a declarar su nulidad.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

En los términos de los artículos 125, 150, 152.8 y 247 del C.P.A.C.A. corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Huila, que declaró la nulidad de *“la Resolución No. 002 del 8 de enero de 2016 que provee el cargo de Personero Municipal de Neiva Huila para el periodo constitucional 2016-2020”* y decretó la suspensión provisional del mismo acto.

2.2. Acto demandado

Corresponde al acto que declaró la elección de la señora Heidy Lorena Sánchez Castillo como Personera del municipio de Neiva, contenida en la Resolución No. 002 del 8 de enero de 2016, dictada por el Concejo de ese municipio.

2.3. Problema jurídico

La Sala determinará si conforme al recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo del Huila no debió declarar la nulidad del acto acusado.

Para lo cual, se analizarán los siguientes problemas jurídicos planteados en el recurso de apelación:

(i) En primer lugar, se determinará si el *a quo* podía valorar la prueba decretada de oficio, por auto de 8 de agosto de 2016, en la cual el Magistrado Ponente solicitó a la Surcolombiana allegar al proceso *“los antecedentes administrativos que reposen en dicha institución de educación superior (...) en lo que corresponda a la participante Heidy Lorena Sánchez Castillo identificada con cédula de ciudadanía (...), incluyendo las pruebas realizadas por ella y los métodos de calificación de sus pruebas y de valoración de estudios y experiencia, esto es, la forma en que se obtuvieron los puntajes asignados...”*. Prueba allegada el 17 de agosto de

2016⁸ y de la cual la primera instancia no corrió traslado a las partes para controvertirla.

(ii) En segundo lugar, se examinará la oportunidad para solicitar la suspensión provisional del acto demandado en el proceso de nulidad electoral; y, si en la sentencia es procedente decretar una medida de esta naturaleza.

(iii) Finalmente, se analizarán los argumentos que la parte demandada expuso en su apelación relacionados, primero, con la ausencia de desconocimiento de las normas en que debía fundarse la convocatoria; y, segundo, con el estudio realizado por el Tribunal respecto de la valoración de la hoja de vida de la señora Heidy Lorena Sánchez Castillo.

Es importante precisar que no se estudiarán los argumentos de la parte demandante, presentados en sus alegatos de segunda instancia, consistentes en que se estudien nuevamente los cargos desestimados por el Tribunal, por cuanto ellos no fueron objeto del recurso de apelación por ninguna de las partes.

2.4. Solución del problema jurídico

2.4.1. Valoración de la prueba de oficio decretada en primera instancia

La demandada solicitó la nulidad de la sentencia, por cuanto el *a quo* decretó una prueba de oficio (negada en la audiencia inicial), que le sirvió para encontrar acreditada la supuesta calificación irregular de la hoja de vida de la demandada, sin correr traslado de ella a las partes para poderla controvertir, lo cual, a su juicio vulnera su debido proceso.

Pues bien, la Sala advierte que no hay lugar a decretar la nulidad de la sentencia, solicitada toda vez que de encontrar fundamentado el reproche, este se puede sanear en esta instancia, en el sentido de no valorar esa prueba.

Ahora bien, para resolver los reparos presentados por la parte apelante, es importante resaltar que esta Sala en reciente

⁸ Folios 634-781

providencia⁹ tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto de la “prueba de oficio” y del “auto de mejor proveer”, pronunciamiento que se recoge en esta sentencia, a continuación.

El llamado “auto de mejor proveer” entendido como aquella decisión de pruebas pasible de ser proferida, previamente, a dictar sentencia, tiene finalidad estricta y focalizada al esclarecimiento de puntos oscuros o dudosos de la contienda. Hace parte del gran continente de las llamadas “pruebas de oficio” y ha mantenido en su esencia, la misma redacción que sobre el punto contenía el CCA, siendo mejorado y enriquecido en otros aspectos por el CPACA, como se evidencia del siguiente comparativo.

CPACA	CCA
“Artículo 213. Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes. Además, oídas las alegaciones el juez o la sala, sección o subsección antes de dictar sentencia también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días.	“Artículo 169. Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si estas no las solicitan, el Ponente solo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista. Además, en la oportunidad procesal para decidir, la Sala, Sección o Subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días,

⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de 27 de octubre de 2016. Expediente: 7600123330002015-01577-02. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

CPACA	CCA
En todo caso, dentro del término de ejecutoria del auto que decreta pruebas de oficio, las partes podrán aportar o solicitar, por una sola vez, nuevas pruebas, siempre que fueren indispensables para contraprobar aquellas decretadas de oficio. Tales pruebas, según el caso, serán practicadas dentro de los diez (10) días siguientes al auto que las decreta”.	descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso.

Como se observa, de la transcripción normativa, dentro de las pruebas de oficio, **existen dos modalidades** perfectamente definidas, a saber:

-La primera, las **pruebas de oficio propiamente dichas**, que se decretan durante las instancias con el propósito de toda contienda judicial y es **esclarecer la verdad** y cuya práctica, se indica, se hace en forma conjunta con las pedidas por las partes.

Esto último impone que se deban respetar las oportunidades de postulación probatoria que se prevén en el ordenamiento procesal para las partes como sujetos procesales y todos los presupuestos de las pruebas en primera y segunda instancia tal y como se encuentra previsto en el actual 212 del CPACA (antes 214 del CCA).

-La segunda modalidad, única y propia del llamado **auto de mejor proveer**, mediante la cual se resalta en grado sumo, el poder de instrucción del operador jurídico en su labor de administrar justicia, pero de manera excepcional, por cuanto conforme a la norma pretranscrita, implica que las etapas procesales probatorias para la postulación de las partes -que incluye a la facultad oficiosa propiamente dicha- ya han sido superadas y finiquitadas, toda vez que el proceso se encuentra entre las etapas de alegaciones de

conclusión -que ya han sido escuchados o presentados- y la de antes de dictar sentencia.

Ha de recordarse que este auto está sometido al arbitrio del juez pues hace parte de su poder instructivo facultativo, en contraste con el impositivo que propende por el esclarecimiento de la verdad dentro de las instancias y bajo el iter de la facultad instructiva propiamente dicha -no en la excepcional que se analiza-. Por eso, ante hecho o supuesto fáctico no planteado, no probado o inexistente, lo procedente es negar las súplicas de la demanda, porque con el auto de mejor proveer no se puede pretender integrar o completar el acervo probatorio.

Ahora bien, desde el punto de vista sustancial, el propósito de **esclarecimiento de la verdad** que acompaña la motivación de las pruebas de oficio propiamente dichas, es diferente a la que se puede desplegar mediante el auto de mejor proveer, que únicamente propende a esclarecer **puntos oscuros o difusos de la contienda**.

Esa diferencia de propósito, que por regla general pasa desapercibida, tiene un efecto procesal determinante para fijar y tener claro el pequeño límite del poder instructivo del juez dentro de las dos modalidades de prueba de oficio, a fin de que el juez no termine completando o ampliando lo que las partes estaban obligadas a cumplir conforme a la carga probatoria que les correspondía.

Es cierto que el esclarecimiento de la verdad es lo que se busca en toda contienda judicial y hacia lo cual propende el juez de la causa, pero tal poder no puede quedar indefinido o diluido en el tiempo de todo el proceso, porque ello implicaría realmente revertir el orden procesal tan importante para materializar el debido proceso e incluso el derecho de defensa, es por ello que las oportunidades procesales, el principio de preclusión y temas como el saneamiento del proceso para el juez de los contencioso administrativo tan de reciente creación con el CPACA, no pueden ser desconocidos, para no generar anarquía al interior del proceso que no se compadece con el Estado de Derecho que también se imbuye en los aspectos procesales y en la garantía del debido proceso.

Por ello, es que la capacidad instructiva del juez, en la modalidad del auto de mejor proveer, se ve recortada bajo estrictos parámetros tanto de plazos procesales como de aspectos y presupuestos sustanciales, en atención a que las etapas regulares o normales del ejercicio de la postulación probatoria, en las que hay un pie de igualdad entre los protagonistas del proceso, han sido superadas y finiquitadas, pues el proceso se encuentra en su etapa final -alegaciones de conclusión o de fondo ya surtidas y la etapa para proferir el fallo-.

De tal suerte, que el operador jurídico para dictar auto de mejor proveer, no puede ni debe retrotraerse a su potestad instructiva propiamente dicha que ejerce durante las instancias y en forma paralela con la postulación de las partes, con el argumento de esclarecer la verdad, porque no le es permitido y se excedería en su labor, afectando el debido proceso y el derecho de defensa, dado que la facultad instructiva que debe ejercer con parámetros de excepcionalidad, en el auto de mejor proveer, pues con ella no está llamado a suplir la incuria del interesado en probar.

Además, el punto oscuro y difuso responde al concepto de vaguedad o imprecisión¹⁰, lo que supone que el hecho o supuesto fáctico que se busca clarificar siempre ha estado en el proceso - no es el oculto ni el inexistente- sino el impreciso, por eso se requiere que emerja con nitidez en forma conexa a la contienda, mediante la opción del auto de mejor proveer.

Esas las razones por la cuales ni los sujetos procesales, pueden endilgar la incuria en el esclarecimiento de verdad, buscando profiera auto de mejor proveer, si no son las mismas partes o el interesado en probar los supuestos fácticos de los que pretende la consecuencia jurídica de la norma, quienes cumplen sus deberes dentro de la carga probatoria. Por eso yerran quienes critican al operador jurídico el no esclarecer la verdad mediante poder instructivo, cuando las etapas previstas por el legislador ya han sido cumplidas.

Esas diferencias de propósito de connotación profunda para el desenvolvimiento del proceso, han sido decantadas por años en la jurisprudencia de lo Contencioso Administrativo, con la

¹⁰ Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Versión 23.

pretensión de explicar por qué ese excepcional poder del “auto de mejor proveer” no es para completar ni mejorar lo que las partes procesales estaban llamadas a desarrollar. En efecto:

*“El auto para mejor proveer tiene por objeto aclarar cuestiones que del conjunto del proceso aparezcan oscuras o dudosas, **no la de suministrar a las partes la prueba de la causa petendi pretermitida por su conducta, pues en tal caso, el juez se tornaría en enmendador de los descuidos de las partes con detrimento del trato igual que merecen las demás.**”¹¹* (subrayas fuera de texto).

Lo anterior en cuanto a los pronunciamientos de antaño. Por su parte, la Sección Quinta, indicó haciendo referencia al CCA, que se reitera en el auto de mejor proveer no tuvo cambio sustancial en el CPACA:

*“Es claro que la facultad establecida por el inciso tercero del artículo 169 del C.C.A., respecto de los procesos que adelanta la Jurisdicción Contencioso Administrativa en general y por el inciso segundo del artículo 242 ibídem, en lo que atañe a los procesos de nulidad electoral en particular, para dictar autos que la doctrina califica como “de mejor proveer”, - estrictamente para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la controversia, - tiene un carácter excepcional, por regla general, que se justifica por la necesidad de establecer la verdad real y de acceder a la justicia material en los procesos de que se trate, y **no constituye en manera alguna una facultad discrecional del juez para crear oportunidades probatorias por fuera de las legalmente autorizadas, en desmedro de principios procesales tales como el de oportunidad en la práctica de las pruebas y la igualdad y equilibrio de las partes en el proceso, principios que deben ser garantizados precisamente por el juez.**”¹²* (negritas fuera de texto).

Aclarados los puntos generales y teóricos que permiten diferenciar y entender al “auto de mejor proveer” como facultad de instrucción excepcional frente al gran contenido de la prueba de oficio de espectro más amplio dentro del poder del operador jurídico, y que no es para completar, arreglar ni mejorar la postulación probatoria, se analizará lo sucedido en el caso que ocupa la atención de la Sala.

¹¹ Sala Contenciosa Electoral, auto de 12 de mayo de 1987, radicación 009 y 014.

¹² Sentencia del 14 de julio de 2005, exp. 70001-23-31-000-2003-02129-01(3707) M.P. doctor Reinaldo Chavarro Buriticá.

Al respecto, la Sala advierte que la prueba objeto de debate, en efecto, fue solicitada por la parte actora en su demanda, visible a folio 11, en los siguientes términos:

“Oficiar a la Universidad Surcolombiana para que remita copia auténtica de los siguientes documentos y de la información que a continuación se relaciona:

(...)

- *Certifique el procedimiento, sumatorias y resultados obtenidos al evaluar los estudios y experiencia de la doctora Heidy Lorena Sánchez Castillo, conforme a la convocatoria de méritos para elegir Personero de Neiva periodo 2016-2020...”*

Esta prueba fue negada en la audiencia inicial por parte del Magistrado sustanciador con fundamento en que la parte solicitante las pudo conseguir directamente a través del derecho de petición.

Posteriormente, el Magistrado Ponente, por auto de 8 de agosto de 2016¹³, consideró que:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 213 del CPACA y observándose la necesidad de la prueba y en aras de clarificar aspectos del presente proceso, ordena de oficio:

Decretar:

Solicítese a la Universidad Surcolombiana que, dentro de los (5) días siguientes al recibo del oficio correspondiente, se sirva allegar al proceso los antecedentes administrativos que reposen en dicha institución de educación superior (...) en lo que corresponda a la participante Heidy Lorena Sánchez Castillo identificada con cédula de ciudadanía (...), incluyendo las pruebas realizadas por ella y los métodos de calificación de sus pruebas y de valoración de estudios y experiencia, esto es, la forma en que se obtuvieron los puntajes asignados...”

En ese orden de ideas, para la Sala es claro que con la prueba “para mejor proveer” decretada por el Magistrado del Tribunal, no cumple con las características de esta modalidad de prueba, pues

¹³ Folio 628.

es evidente que con ella no se estaba tratando de esclarecer un punto oscuro, sino reemplazando la obligación de la parte demandante, de probar la manera cómo se calificó la hoja de vida de la demandante, pues como lo dijo en la audiencia inicial, al momento de decretar las pruebas, ella se pudo obtener a través del derecho de petición; deber que le asiste a la parte, y que el juez no puede suplir.

Permitir lo anterior, convertiría al juez en “*enmendador de los descuidos de las partes*” con detrimento del trato igual que merecen las demás.

Por lo anterior, esta Sala considera que las razones por las cuales se decretó la prueba de mejor proveer, no se encuadra en las exigencias que ésta debe cumplir, y en consecuencia, su decreto vulneró el debido proceso de la contraparte, por lo cual, esta instancia no la valorará.

Aunado a lo anterior, se advierte que la referida prueba, fue allegada por la Universidad el 17 de agosto de 2016¹⁴, pasó al despacho el 24 siguiente y el 22 de septiembre del mismo año el Tribunal Administrativo del Huila profirió el fallo apelado, sin que a las partes se les corriera traslado de ésta, por lo que no puede considerarse como una prueba debidamente allegada al proceso y en ese orden, tampoco había lugar a su valoración.

Al respecto, es importante resaltar que siendo una prueba documental, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, el derecho a controvertir las pruebas que se alleguen -sin discriminar si son de oficio o a petición de parte o si son incorporadas mediante auto de mejor proveer- deben ser objeto de traslado para que puedan ser controvertidas, por lo anterior, era deber del Tribunal, correr traslado de aquélla para que las partes pudieran ejercer su derecho de contradicción.

No obstante, esta Sala se abstendrá de dar traslado a esta prueba, toda vez que, como se indicó en precedencia, ésta no será objeto de valoración en esta instancia.

¹⁴ Folios 634-781

En conclusión, esta Sala, para garantizar el debido proceso de las partes, se abstendrá de valorar dichos documentos y en consecuencia resolverá la apelación con las demás pruebas debidamente incorporadas al expediente.

2.4.2. Medida provisional solicitada en los alegatos de conclusión y decretada en la sentencia

2.4.2.1. Respecto de la oportunidad para solicitar medidas cautelares en el proceso de nulidad electoral

Como quedó establecido en los antecedentes de esta providencia, en el presente caso la parte demandante realizó dos solicitudes de medida cautelar.

La primera, mediante escrito allegado en cuaderno aparte, con la demanda, sustentada en que la convocatoria desconoció la norma en que debía fundarse, esto es el Acuerdo No. 021 del 28 de septiembre de 2015 mediante el cual el Concejo municipal de Neiva reglamentó el concurso de méritos para elegir al personero de dicho ente territorial.

Esta fue resuelta por el Tribunal Administrativo del Huila, mediante auto de 9 de marzo de 2016, a través del cual resolvió en su numeral primero admitir la demanda de nulidad electoral y en el sexto negar la medida cautelar. El sustento de esta decisión consistió en que según el Decreto Único Reglamentario de la Función Pública, No. 1073 de 2015, de rango superior, es la convocatoria la que debe fijar estos valores y es ella la norma que regula el concurso.

Como la anterior decisión no fue recurrida, quedó en firme, por lo que el proceso continuó su trámite.

No obstante lo anterior, cuando el proceso se encontraba en la etapa de alegatos de conclusión, esto es, el 29 de junio de 2016, la parte demandante radicó **por segunda vez solicitud de medida cautelar**, fundamentada en irregularidades presentadas en la prueba de conocimientos y cuestionamientos al puntaje que se le asignó a la demandada en el análisis de su hoja de vida.

Para determinar si esa segunda solicitud se presentó oportunamente, y en consecuencia, si había lugar a su decreto, es necesario consultar el artículo 277 del CPACA:

“Artículo 277. Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

1. Que se notifique personalmente al elegido o nombrado, con sujeción a las siguientes reglas:

(...)

6. (...) 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”.

Al respecto, esta Sección en auto de 27 de junio de 2013¹⁵

“La Sala tiene en cuenta que si bien es cierto el inciso final del artículo 277 del C.P.A.C.A. establece literalmente que la solicitud de suspensión provisional “debe solicitarse en la demanda”, tal expresión, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, al tiempo que la tutela judicial efectiva, no puede entenderse de una manera exegética.

Para mayor claridad sobre el punto, se precisa que de conformidad con el artículo 277 del C.P.A.C.A., existen dos posibles interpretaciones frente a la oportunidad en la que se puede solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, en el marco de un proceso electoral: (i) ésta solo puede presentarse en la demanda y; (ii) o con posterioridad a la presentación de ésta, siempre y cuando la solicitud se haya presentado antes de la admisión de la demanda y en vigencia del término de caducidad, independientemente de que se radique con la misma, o posteriormente en escrito separado, corresponde al juez hacer el estudio de la misma.

La exigencia en cuanto a que se haga antes de la caducidad, es apenas obvia si se tiene en cuenta que la misma se predica de la demanda y como “en ella” es que debe solicitarse la medida, no

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 27 de junio de 2013. Radicado: 11001-03-28-000-2013-00008-00. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

puede correr la suspensión provisional una suerte distinta del escrito petitorio al que se entiende conexo.

(...)

Ahora bien, el condicionamiento relativo a la solicitud previa a la admisión de la demanda, igualmente resulta apenas natural, puesto que de conformidad con lo normado en el artículo 277 del C.P.A.C.A. es allí donde debe resolverse.

Nótese que la solicitud de la medida cautelar, cuando se hace con posterioridad a la presentación de la demanda, no se adecúa a los supuestos de reforma de la misma, y por tanto, a ella no pueden aplicársele dichas reglas, pues ciertamente le son ajenas (Negrillas fuera de texto).

Por otro lado, en reciente auto de 30 de junio de 2016¹⁶, esta Sala reiteró que en materia del medio de control de nulidad electoral, la presentación de la medida cautelar es **siempre antes de la admisión de la demanda**, toda vez que se decide en ella, como se evidencia del perentorio contenido del numeral 6º inciso segundo del artículo 277 ibídem al prever que “*se resolverá en el mismo auto admisorio*”.

Así las cosas, para la Sala es claro que la solicitud de medida cautelar se debe presentar antes i) del vencimiento del término de caducidad de la acción de nulidad electoral; y, ii) de que se decida sobre la admisión de la demanda.

Así las cosas, Para la Sala resulta claro que esa segunda solicitud de medida cautelar, presentada en la etapa de alegatos de conclusión, es a todas luces **extemporánea**, y por tanto, así lo debió considerar el *a quo*.

2.4.2.2. ¿En la sentencia es procedente decretar la medida cautelar?

En el mismo sentido, la respuesta se encuentra en el numeral 6, del artículo 277 del CPACA, ya citado, que expresamente señala que la solicitud de medida cautelar “*se resolverá en el mismo auto admisorio*”.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Auto de 30 de junio de 2016. Radicado: 85001-23-33-000-2016-00063-01. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

En ese orden de ideas, no es posible considerar que en la sentencia es posible resolver una medida cautelar, pues para entonces ya feneció el momento procesal establecido para solicitarla y para decidirla.

Además, ello desconoce la misma naturaleza de la medida, toda vez que con ella se busca que los ciudadanos puedan solicitar ante el juez la suspensión de los efectos de un acto **mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad**, y no que el juez, únicamente para hacer inmediatos los efectos de su sentencia decreta la medida en esta providencia y etapa del proceso, a pesar de que la norma fije unos momentos y unos efectos para cada una de estas decisiones.

Por otro lado, el Tribunal Administrativo del Huila sustentó el decreto de la medida en esa etapa procesal, en que se habían presentado hechos nuevos, como lo fueron las pruebas aportadas al proceso durante el trámite del mismo. Al respecto, ello resulta contrario a la naturaleza misma de cualquier proceso, y además, del artículo 231 del CPACA que indica que es posible decretar la suspensión provisional 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”. (Subrayado fuera del texto).

De una interpretación literal de la norma se entiende que la prueba que será valorada debe ser allegada junto con la solicitud de suspensión provisional, lo cual implica que la prueba que sea presentada posteriormente debe ser considerada extemporánea para efectos de resolver la medida cautelar y, por tanto, no se puede valorar al momento de realizar el estudio de la medida.

Hechas estas precisiones, para la Sala no cabe duda de que el *a quo* ya no tenía competencia para decretar la medida cautelar de suspensión provisional, pues solo podía hacerlo en el auto admisorio de la demanda.

En conclusión, la Sala advierte que: i) la segunda petición de medida cautelar elevada por la parte actora resultó abiertamente extemporánea y así lo debió resolver el *a quo*; y, ii) el Tribunal carecía de competencia para decretar la medida provisional de suspensión del acto de elección, en la sentencia.

Así las cosas, esta Sala: i) revocará el numeral segundo de la providencia del 22 de septiembre de 2016, para en su lugar, ii) rechazar por extemporánea la solicitud de medida cautelar presentada por la parte demandante el 29 de junio de 2016, en la etapa de alegatos de conclusión.

2.4.3. Argumentos en contra de la decisión de primera instancia que dieron lugar a declarar la nulidad del acto demandado

La demandada alegó en su apelación, **primero**, que la convocatoria no desconoció las normas en que debía fundarse; y, **segundo**, que a su juicio el Tribunal se excedió en el estudio de los cargos planteados en la demanda, al encontrar acreditada una irregularidad que no fue propuesta por el demandante, como lo es la forma como se calificó su educación no formal y la experiencia.

Y consideró que, en todo caso, respecto de este segundo argumento relacionado con la supuesta “expedición irregular” sustentado en que se le asignó un puntaje superior al que correspondía, no analizó la incidencia del vicio en el resultado, pues aun con la valoración de la hoja de vida que realizó de la señora Heidy Lorena Sánchez Castillo, no demostró que otro participante, la hubiese reemplazado en el primer lugar.

2.4.3.1. ¿Desconoció la Resolución No. 120 de 2015 que convocó a concurso para proveer el cargo de Personero de Neiva, el Acuerdo No. 028 de 2015 que reglamentó dicho concurso?

Para determinar si le asiste la razón al demandante, y fue acertada la decisión del Tribunal respecto de este argumento, es necesario analizar las normas que regulan la elección de los personeros municipales.

En la demanda se alegó que mediante Acuerdo No. 021 del 28 de septiembre de 2015 el Concejo municipal de Neiva reglamentó el concurso de méritos para elegir al personero de dicho ente territorial. En esta norma se estableció en el artículo 4 numeral 5.2, frente a la prueba de valoración de logros académicos y laborales, que *“Sobre un total de 100%, se evalúan los factores*

Educación y Experiencia, la Educación tendrá un valor del 60% y la Experiencia de un 40%. Cada uno de los factores se puntuará de 0 a 100 y el puntaje directo se ponderará según el peso porcentual asignado, y la sumatoria de estos resultados será la calificación total de la prueba, que se ponderará sobre el valor establecido en la convocatoria”.

No obstante, a su juicio, la Resolución No. 120 de 13 de noviembre de 2015 por la cual la Mesa Directiva del Concejo convocó a concurso de méritos para la elección del personero de Neiva desconoció el anterior acuerdo, toda vez que en su artículo 38 reguló los criterios valorativos para puntuar la educación y la experiencia estableciendo que la educación formal relacionada con las funciones del cargo objeto de la convocatoria tendrá una puntuación máxima de hasta 80 puntos y la educación no formal también relacionada con las funciones del cargo objeto de la convocatoria hasta 10 puntos, y la evaluación de la experiencia profesional, docente, específica o relacionada tendrán un puntaje hasta 10 puntos.

Este argumento fue acogido por el *a quo*, quien encontró que efectivamente la Resolución 120 de 2015, convocatoria, desconoció la norma en que debía fundarse, esto es, el Acuerdo 021 de 2015, por lo expuesto en la demanda.

No obstante lo anterior, para la Sala tal entendimiento desconoce la normativa que rige para la elección de los personeros, como se pasa a explicar.

Al respecto el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública, en su título 27, fijó los “*Estándares mínimos para elección de personeros municipales*”. En su artículo 2.2.27.1. dispone:

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

Los concejos municipales o distritales efectuarán los trámites pertinentes para el concurso, que podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o

privadas o con entidades especializadas en procesos de selección de personal.

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

Por su parte, el artículo 2.2.27.2, fijó las etapas mínimas del concurso de mérito, así:

“Etapas del concurso público de méritos para la elección de personeros. El concurso público de méritos para la elección de personeros tendrá como mínimo las siguientes etapas:

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

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

Así las cosas, de las normas citadas es posible concluir que el proceso de selección **está a cargo del concejo municipal** de conformidad con el artículo 2.2.27.1 y es por ello que la plenaria de esta corporación tiene la competencia para **fijar directamente las reglas relacionadas con la convocatoria.**

Ahora bien, la Plenaria del Concejo, en virtud del artículo 2.2.27.2 literal a) del Decreto 1083 de 2015, tiene también la competencia de autorizar a su mesa directiva para que convoque a concurso de méritos para la elección de su personero municipal, evento en el cual esta convocatoria será la que contendrá las reglas del concurso que vincularán tanto a la administración como a los participantes, como se desprende del artículo y decreto citado en el literal siguiente que señala:

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

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

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

En efecto, esta disposición estipula que en la convocatoria se fije el valor de las pruebas de: i) conocimiento (que no podrá ser inferior al 60%); ii) competencias laborales; iii) **valoración de estudios y experiencia**; y, iv) entrevista (no superior al 10%).

Pues bien, en el caso concreto la Convocatoria no desconoció la norma superior, que es el Decreto 1083 de 2015, pues respetó el artículo 2.2.27.2 del referido Decreto que fijó los parámetros para establecer los valores de las pruebas, como se muestra a continuación con la cita del artículo 20 de la Resolución 120 de 2015:

PRUEBAS	CARÁCTER	PESO PORCENTUAL	PUNTAJE MAXIMO ESTABLECIDO	PUNTAJE MINIMO APROBATORIO
PRUEBA DE CONOCIMIENTOS ACADEMICOS (Competencias básicas y funcionales)	ELIMINATORIO	60%	100%	60
PRUEBA DE COMPETENCIAS LABORALES	CLASIFICATORIO	15%	100%	NO APLICA
VALORACION DE ESTUDIOS Y EXPERIENCIA (Valoración de antecedentes)	CLASIFICATORIO	15%	100%	NO APLICA
ENTREVISTA	CLASIFICATORIO	10%	100%	NO APLICA
TOTALES		100%	400%	

”

Aceptar lo contrario, es decir, señalar que la convocatoria desconoció el Acuerdo que reglamentó el concurso, no solo desconocería la norma superior que es el Decreto 1083 de 2015, sino que además **sacrificaría de manera excesiva y desproporcional el principio del mérito** que en el caso concreto implicaría decretar la nulidad de la elección y ordenar que se repita el concurso de méritos, desde la expedición de la misma convocatoria.

Bajo este panorama y atendiendo a que la convocatoria no desconoció la norma superior, pues el Decreto 1083 de 2015 le atribuyó la competencia para fijar los valores de las pruebas referidas dentro del concurso, **optar por la interpretación propuesta por la parte demandante, a pesar del contenido del decreto y de que ésta se le aplicó en igualdad de condiciones a todos los participantes, sería la interpretación que menos garantizaría el principio del mérito.**

En este orden de ideas, para la Sala, en aras de aplicar la interpretación más garantista del principio del mérito, concluye que la convocatoria no desconoció las normas en que debía fundarse, y por ello este cargo de la demanda no debía prosperar.

2.4.3.2. ¿Se excedió el Tribunal en el estudio de los cargos planteados y omitió el análisis de incidencia del vicio en el resultado?

Para la apelante, el Tribunal se excedió en el análisis de su hoja de vida, pues la parte demandante solo planteó en la demanda una irregularidad al respecto, esto es, que a la especialización se le asignó puntaje en la valoración de antecedentes, a pesar de que por tratarse de un requisito mínimo para ejercer el cargo, no podía hacerlo; sin embargo, a su juicio, el *a quo* realizó un análisis oficioso de los demás factores de su hoja de vida.

Además, alegó que el fallo no hizo un estudio de incidencia del vicio en el resultado, toda vez que no determinó si otro aspirante la superó y reemplazó en el primer puesto.

Esta irregularidad alegada por el demandante, relacionada con las supuestas irregularidades en las que se incurrió al asignarle puntaje a la parte actora, se encuadra en la expedición irregular como vicio que anula los actos administrativos. Esta Sección ha dicho¹⁷, que cuando se alega que un acto se expidió en forma irregular debe plantearse **que fue de tal entidad, que afectó el sentido de la decisión**. A continuación se cita en lo pertinente la providencia en ese sentido:

*“...por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declarativo de elección o de **nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo**”*¹⁸ (Negrillas fuera de texto).

Entonces, como puede observarse, no basta con demostrar la presencia de una irregularidad en la expedición del acto para declarar su nulidad, es necesario que ésta tenga la entidad de afectar la decisión; en ese orden de ideas, en el caso concreto, no era suficiente que se demostrara que la calificación de la demandada no era la que correspondía; era necesario observar si ese puntaje, que supuestamente resultaba irregular, incidió en la decisión.

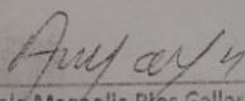
Para la Sala es claro que, no resulta relevante calcular por parte del juez el puntaje obtenido en la hoja de vida pues, aun si ella

¹⁷ Sentencia de 27 de enero de 2011. Sección Quinta del Consejo de Estado. Expediente No.11001-03-28-000-2010-00015-00.

¹⁸ Sentencia de 15 de septiembre de 2011. Sección del Consejo de Estado. Expediente No. 08001-23-31-000-2010-01041-01

hubiera sido calificada con CERO en este ítem, y se le restaran los 2,9 puntos que se le asignaron en la revisión de su formación académica y experiencia, **seguiría ocupando el primer puesto**, como se muestra a continuación.

No.	CEDULA	PRUEBA DE CONOCIMIENTOS ACADEMICOS		PRUEBA DE COMPETENCIAS LABORALES		REVISION HOJA DE VIDA		ENTREVISTA CONCEJO MUNICIPAL		TOTAL PROCESO
		PUNTUACION	PUNTUACION	PUNTUACION	PUNTUACION	PUNTUACION	PUNTUACION	PUNTUACION	PUNTUACION	
		ESTANDAR	PONDERADA	ESTANDAR	PONDERADA	ESTANDAR	PONDERADA	ESTANDAR	PONDERADA	
1	6.001.828	60	36,0	57,8	8,7	33	5,0	0	0	49,6
2	7.695.322	76	45,6	53,8	8,1	19	2,9	0	0	56,5
3	7.702.724	77	46,2	69,7	10,5	19	2,9	71	7,1	66,6
4	7.711.762	63	37,8	19,3	2,9	36	5,4	0	0	46,1
5	7.717.624	72	43,2	66,7	10,0	41	6,2	0	0	59,4
6	7.722.203	71	42,6	56,4	8,5	10	1,5	0	0	52,6
7	7.723.877	68	40,8	67,4	10,1	19	2,9	0	0	53,8
8	7.728.342	70	42,0	66,4	10,0	46	6,9	78	7,8	66,7
9	7.730.019	74	44,4	57,4	8,6	20	3,0	73	7,3	63,3
10	7.732.282	62	37,2	52,7	7,9	21	3,2	0	0	48,3
11	7.732.566	65	39,0	70,3	10,5	14	2,1	0	0	51,6
12	12.126.620	67	40,2	61,7	9,3	20	3,0	0	0	52,5
13	33.750.469	65	39,0	64,0	9,6	19	2,9	0	0	51,4
14	36.067.165	70	42,0	71,8	10,8	35	5,3	82	8,2	66,2
15	36.308.603	69	41,4	38,7	5,8	9	1,4	0	0	48,6
16	51.581.389	65	39,0	60,5	9,1	19	2,9	87	8,7	59,6
17	79.687.121	68	40,8	74,6	11,2	33	5,0	0	0	56,9
18	79.791.443	65	39,0	61,1	9,2	20	3,0	0	0	51,2
19	83.243.103	71	42,6	62,7	9,4	29	4,4	0	0	56,4
20	1.075.211.206	70	42,0	68,7	10,3	46	6,9	74	7,4	66,6
21	1.075.214.618	64	38,4	56,0	8,4	19	2,9	0	0	49,7
22	1.075.216.946	89	53,4	76,7	11,5	19	2,9	75	7,5	75,3
23	1.075.229.988	65	39	67,4	10,11	19	2,9	60	6	58,0


Angela Magnolia Ríos Gallardo
Viceirectora de Investigaciones y Proyección Social

Como se observa en la anterior imagen¹⁹, los resultados de la demandada se consignaron en la casilla 22 resaltada en amarillo, y el puntaje total obtenido fue de **75,3**, seguida por el participante de la casilla No. 8 con **66,7** puntos.

Entonces, **si a la demandada se le restara TODO el puntaje obtenido en la revisión de la hoja de vida**, es decir 2,9 puntos, quedaría con **72,4**, lo que la ubicaría igualmente en el primer puesto, por lo que claramente el vicio alegado, en el evento de haberse demostrado, no tendría incidencia alguna en el resultado, como lo destacó el agente del Ministerio Público.

Finalmente, esta Sala no pierde de vista que a pesar de que la demandante, en sus alegatos de ambas instancias, puso de

¹⁹ Folio 581 del expediente.

presente, irregularidades en toda la valoración de la hoja de vida de la demandada, lo cierto es que su demanda se limitó a cuestionar el hecho de que a la especialización se le asignara puntaje en la etapa de la valoración de antecedentes, por lo que **el juez no debió extenderse, de oficio, en el estudio de los demás factores, como la educación no formal y la experiencia**, pues ello desconoció el principio de congruencia y el debido proceso de la demandada, toda vez que las partes ejercen su derecho de contradicción de conformidad con lo planteado por la contraparte y no prevén que el juez los sorprenda con cargos nuevos.

Pues bien, de conformidad con lo expuesto, este cargo tampoco debió prosperar.

2.5. Conclusión

2.5.1. La prueba de mejor proveer decretada por el Magistrado sustanciador de la primera instancia no cumplió con las características de esta modalidad de prueba, pues es evidente que con ella no se estaba tratando de esclarecer un punto oscuro, sino reemplazando la obligación de la parte demandante, de probar la manera cómo se calificó la hoja de vida de la demandante, pues como lo dijo en la audiencia inicial, al momento de decretar las pruebas, ella se pudo obtener a través del derecho de petición; deber que le asiste a la parte, y que el juez no puede suplir. Permitir lo anterior, convertiría al juez en *“enmendador de los descuidos de las partes”* con detrimento del trato igual que merecen las demás. Por lo anterior, esta Sala se abstuvo de valorarla en segunda instancia.

2.5.2. La segunda petición de medida cautelar elevada por la parte actora resultó abiertamente extemporánea y así lo debió resolver el *a quo*; y, el Tribunal carecía de competencia para decretar la medida provisional de suspensión del acto de elección, en la sentencia.

2.5.3. Sin que sea relevante calcular por parte del juez el puntaje obtenido por la demandada en la hoja de vida, se advierte que aun si ella hubiera sido calificada con CERO en este ítem, y se le restaran los 2,9 puntos que se le asignaron en

la revisión de su formación académica y experiencia, seguiría ocupando el primer puesto, por lo que, claramente, la irregularidad alegada no tiene incidencia en el resultado.

De conformidad con lo expuesto, la Sala revocará la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo del Huila, para, en su lugar, por un lado, rechazar por extemporánea la solicitud de suspensión provisional presentada en la etapa de alegatos de conclusión, y por otro, negar las pretensiones de la demanda.

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

III. FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo del Huila, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, para, en su lugar, **RECHAZAR** por extemporánea la solicitud de suspensión provisional presentada en la etapa de alegatos de conclusión; y, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

TERCERO: ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera