



RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del Personero Municipal de Manaure La Guajira / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos de procedencia

[E] 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. [L]a Ley 1437 de 2011 establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. (...). Dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, 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 2011. 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 ejecutorio. (...). A partir de las normas citadas [artículos 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011], se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; es decir, se funda en el principio de legalidad, que significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general, lo que se ha catalogado como el “bloque de la legalidad” o principio de juridicidad de la administración; (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; (iii) dicha petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda. (...). Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas, que representa la violación del principio de legalidad aducidas en la demanda o en escrito separado antes de la admisión de la misma, contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como violadas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su solicitud para que sea procedente la medida precautelar. (...). Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta.

NULIDAD ELECTORAL – El traslado de la medida cautelar sí es compatible con el proceso de nulidad electoral. Auto de Unificación de Jurisprudencia / MEDIDAS CAUTELARES – La tesis de unificación expuesta aplica a futuro

En la providencia objeto del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de La Guajira reconoce que no se corrió traslado de la medida cautelar, pues estima que la resolución de plano se acompasa con la naturaleza del medio de control de nulidad electoral. Para tal efecto, puso de presente que al interior de la Sección Quinta del Consejo de Estado no existe una posición unificada, en tanto hay pronunciamientos que defienden la exigencia del traslado de la petición cautelar, como otros, a su juicio más pertinentes, que indican que no es necesario agotar tal trámite. Sobre la diferencia de criterios a que hace alusión el Tribunal, debe reconocerse como lo ha hecho esta Sección en anteriores oportunidades, que es cierta. En tal sentido, pueden apreciarse providencias que han defendido la tesis según la cual, no es necesario ponerle de presente al demandado la petición cautelar antes de su resolución, en atención a dicho requisito no está previsto por las normas especiales del medio de control de nulidad electoral y que tal silencio





se encuentra justificado en la naturaleza expedita de aquél. (...). Asimismo, otro sector de la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha propendido por indicar que el traslado de la petición cautelar no es incompatible con la naturaleza del medio de control de nulidad electoral, en tanto aquél materializa la garantía del derecho a la defensa, cuyo margen de acción no se limita a la posibilidad de interponer recursos contra la decisión correspondiente, sino antes de que se dicte, razón por la cual, por mandato del artículo 296 de la Ley 1437 de 2011, en materia de medidas cautelares resultan aplicables las disposiciones del proceso ordinario, según las cuales, el demandado ex ante tiene la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción (art. 233), salvo que se esté ante una situación de urgencia que justifique proferir una decisión de plano en los términos del artículo 234 del mismo estatuto. (...). La situación expuesta, lleva a la Sala en esta oportunidad, a unificar su posición, en el sentido de considerar que el traslado de la medida cautelar, de que trata el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sí es compatible con el proceso de nulidad electoral, así como la posibilidad de prescindir del mismo en los términos del artículo 234 del mismo estatuto, por las razones que a continuación se enuncian. (I) El artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, al conceder al demandado el término de 5 días para pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, materializa la protección del derecho a la defensa, cuyo ámbito de aplicación debe garantizarse antes, durante y después de la decisión correspondiente en toda clase de procedimientos, entre los que se encuentra el de nulidad electoral. (II) El término de 5 días, es un plazo corto y razonable para que el demandado ejerza el derecho de contradicción, que en sí mismo no afecta la celeridad con la que deben decidirse las demandas interpuestas en ejercicio del medio de control de nulidad electoral. (III) Resulta acorde con el principio democrático y los derechos a elegir y ser elegido, que constituyen pilares del ordenamiento jurídico y cuya aplicación es recurrente en los procesos de nulidad electoral, que se le permita al demandado ejercer el derecho de contradicción cuando se pretende por ejemplo, suspender los efectos de una decisión que constituye la manifestación de la voluntad del electorado y/o de las autoridades en ejercicio de sus funciones. (IV) El ejercicio del derecho de contradicción a la hora de decidir respecto a la medida cautelar contra un acto de designación, le brinda al juez mayores elementos de juicio para adoptar una decisión acertada, que tenga en cuenta todos los derechos e intereses en conflicto, entre los que se encuentran los invocados por el elegido y las personas que representa. (V) El traslado de la medida cautelar contenido en las normas del proceso ordinario, también contempló en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, la alternativa de prescindir del mismo en situaciones de urgencia, en salvaguarda de los derechos que se encuentran en riesgo ante situaciones graves e inminentes que requieren decisiones impostergables por parte del juez, opción que podría tener lugar en los asuntos que se ventilan en el medio de control de nulidad electoral. (VI) La aplicación del artículo 233 del CPACA en los términos descritos, no significa que deje de aplicarse el último inciso del artículo 277 del mismo estatuto, norma especial en materia de nulidad electoral, lo que significa que la solicitud de medida cautelar debe dictarse en (I) el auto admisorio de la demanda, (II) cuya competencia es del juez, la sala o sección (a diferencia de lo que ocurre en el proceso ordinario) y, (III) que contra la resolución de la referida petición procede recurso de reposición o apelación, según el caso. (VII) La práctica reciente de la Sección Quinta del Consejo de Estado, revela que se ha optado como regla general, garantizar el derecho de contradicción del demandado antes de que se decida sobre la solicitud de medidas cautelares en los procesos de nulidad electoral, aplicando en lo pertinente (el término de 5 días de traslado) el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sin perjuicio de la posibilidad de proferir la decisión correspondiente de plano y de manera justificada, en el evento de que trata el artículo 234 de la misma ley. (...). Esto quiere decir, que por regla general al demandado debe correrse traslado por el término de 5 días de la solicitud de





medida cautelar, a fin de garantizar su derecho a la defensa, garantía de la cual solo puede prescindirse ante una situación de urgencia debidamente sustentada, que justifique que la referida petición se resuelva de plano. Comoquiera que el anterior trámite fue establecido por el legislador, (...) su pretermisión de manera injustificada tiene como consecuencia el desconocimiento del derecho al debido proceso. (...). En principio, las consideraciones que anteceden llevarían a la conclusión que con la providencia impugnada se incurrió en una irregularidad, porque el A quo no corrió traslado de la medida cautelar y no se advierte que haya dado cuenta de una situación de urgencia para prescindir de la referida garantía, empero, no puede perderse de vista que sólo hasta este momento la Sección de manera clara y expresa está precisando el alcance de su jurisprudencia, por lo que no sería razonable exigir la aplicación de la tesis unificada a una decisión dictada con anterioridad. (...). En ese entendido, el hecho de que no se le haya corrido traslado de la medida cautelar al señor Alibis Pinedo Alarcón, no constituye una circunstancia que dé lugar revocar la decisión que decretó la suspensión provisional de su elección como personero de Manaure, sin perjuicio de la aplicación a futuro de la tesis que se anuncia esta oportunidad.

ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL - Antecedentes jurisprudenciales sobre las entidades que pueden apoyar el proceso de elección del personero / SELECCIÓN DE PERSONAL – Revisión del objeto social de las entidades que apoyan el proceso de elección del personero

[L]a controversia principal giró en torno a establecer si la Federación Colombiana de Autoridades Locales (FEDECAL) y CREAMOS TALENTOS, pueden catalogarse como universidades, instituciones de educación superior o entidades especializadas en procesos de selección de personal, a efectos de intervenir en el concurso de méritos que finalizó con la expedición del acto de elección del personero de Manaure, y en caso negativo, si dicha circunstancia tiene la incidencia necesaria para suspender provisionalmente los efectos de la decisión cuya nulidad se pretende. Esto teniendo como contexto, que a partir del artículo 35 de la Ley 1151 de 2012, la elección de personeros a cargo de los concejos municipales, debe realizarse previo concurso de méritos, y que la Corte Constitucional al verificar la validez de la anterior norma, mediante la sentencia C-105 de 2013, además de declarar inexecutable el apartado que establecía que el concurso debía adelantarse por la Procuraduría General de la Nación, por corresponder a un asunto de la competencia de los concejos, precisó (...) que éstos podrían adelantarlos directamente o a través de un tercero contratado para el efecto. (...). Sobre dicha controversia, especial atención merece el fallo del 8 de junio de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el que se estableció como parámetro para identificar a una entidad especializada en procesos de selección personal, la revisión del objeto social, a fin de verificar si dentro del mismo está la realización, apoyo o gestión a los mentados procesos.

RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del Personero Municipal de Manaure La Guajira / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – En el proceso de selección del personero intervino un establecimiento de comercio que carece de vocación y competencia para ello / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se confirma decisión

[E] A quo encontró mérito para suspender provisionalmente la elección acusada, en tanto de la revisión del objeto social, descrito en los certificados de existencia y representación de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, que no son universidades ni instituciones de educación superior y que fueron contratados por el concejo





municipal de Manaure para adelantar el respectivo concurso de méritos, no se evidencia la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal, por lo que tampoco pueden considerarse entidades especializadas en el sector, razón por la cual prima facie, no ostentan alguna de las condiciones de que trata el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, lo que a su vez impide considerar, que la designación fue producto de un trámite con todas las garantías en aras de materializar el principio del mérito. Frente al anterior razonamiento, el demandado en su recurso expuso varios argumentos. (...). (A) La existencia de conceptos de entidades administrativas, que avalan la suscripción de convenios para la realización de concursos de méritos. (...). Al revisar los conceptos que a juicio de la parte demandada respaldan la anterior afirmación, se estima que no contienen elementos de juicio que estén en oposición a la tesis que desarrolló el A quo, sobre la falta de idoneidad de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para adelantar concursos de méritos que tengan como fin la elección de personeros, en los términos del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 y la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado. (...). [L]a competencia que tienen los concejos municipales en la materia, en modo alguno es ajena a un ejercicio dentro del marco legal y jurisprudencial, lo que significa que si optan por la alternativa de contar con el apoyo de una entidad especializada en procesos de selección, deben verificar que la misma reúna los requisitos para catalogarse como tal. (...). En suma, la parte apelante no expone con claridad ni se evidencia, de qué manera la providencia controvertida es contraria a los conceptos que se traen a colación, es más, no se observa con claridad cuál es la relación directa de los mismos con el caso de autos. Inclusive, aún bajo la hipótesis de que fueran contrarios a la tesis del Tribunal Administrativo de La Guajira, no puede perderse de vista que son no vinculantes para éste, pues se trata del criterio de entidades administrativas que no son superiores funcionales de la autoridad judicial, que por contrario, tuvo en cuenta el precedente del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (B) En el presente caso, el elegido acreditó el requisito esencial para la elección del personero, ser abogado titulado. Sobre este motivo de inconformidad basta señalar, que la condición de abogado del demandado no fue objeto de revisión por el juez de primera instancia, y por ende, tampoco consistió un asunto sobre el que versara la procedencia de la medida cautelar, en tanto el análisis giró en torno a la falta de idoneidad de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para intervenir en el concurso de méritos, presunta irregularidad que no puede subsanarse por el hecho de que el señor Alibis Pinedo sea profesional del derecho, de allí que la presentación de este argumento resulta impertinente respecto a la razón que se invocó para dictar el auto que decretó la suspensión provisional. (C) Los concejos municipales son los responsables de los concursos de méritos, por lo que es un equívoco señalar en el caso de autos, que una entidad no idónea estuvo a cargo del proceso de elección. (...). En primer lugar, debe destacarse que el anterior motivo de inconformidad no está dirigido contra la providencia que decretó la suspensión provisional, sino frente a una supuesta afirmación que hizo la parte demandante en su libelo genitor, cuya validez en estricto sentido, no corresponde analizar en sede de apelación contra el auto que accedió a la medida cautelar. En segundo lugar, vale la pena aclarar, que de la lectura de la providencia controvertida, que es el pronunciamiento objeto de revisión en esta oportunidad, no se advierte alguna afirmación tendiente a desconocer la competencia que tienen los concejos municipales de adelantar directamente los concursos de méritos para la elección de personeros, o la responsabilidad que les asiste a los mismos cuando para llevar a cabo aquél contratan a un tercero, como ocurrió en el caso de autos, por el contrario, el Tribunal Administrativo de La Guajira partiendo de la responsabilidad que le asiste al Concejo de Manaure, reprochó que hubiere contratado a entidades que de acuerdo con el criterio jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado, supuestamente no son especializadas en selección





de personal. (...). Por lo tanto, tampoco se considera que las afirmaciones realizadas en el auto del 12 de marzo de 2020, sean contrarias a las normas antes señaladas, a partir de la exposición que hizo la parte demandada. (D) FEDECAL y CREAMOS TALENTOS tienen experiencia suficiente en materia de concursos de méritos. (...). En este punto se reitera, conforme a los antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, (...) que para verificar si se tiene o no “la calidad de “...entidad especializada en procesos de selección de personal”, que exige el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, debe acudirse a su objeto social y no al contenido de otros contratos o convenios ya celebrados con anterioridad”. (...). Así las cosas, (...) lo relevante es la revisión que se haga del objeto de social de las anteriores entidades, a fin de precisar si tienen o no la capacidad jurídica para realizar, apoyar o gestionar procesos de selección de personal, más que de las actividades que sobre el particular hayan adelantado en el pasado, como lo propone el recurrente. (E) El Tribunal Administrativo de Boyacá, con fundamento en la experiencia, ha considerado que entidades como FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, son especializadas en procesos de selección. (...). [T]ampoco es de recibo el pronunciamiento del (...) Tribunal Administrativo de Boyacá, que (...) estimó que eran entidades especializadas bajo la óptica del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, pues dicho criterio interpretativo, que no hace énfasis en la importancia del análisis del objeto social, no corresponde al del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que fue el que acogió el A quo en el proceso de la referencia. (...). (F) FEDECAL y CREAMOS TALENTOS sí tienen capacidad para adelantar procesos de selección de personal. (...). En suma, una lectura conjunta del certificado de existencia y representación y de los estatutos de FEDECAL, permiten predicar en esta instancia preliminar, que esta persona jurídica sí contempló dentro de su objeto social la realización de procesos de selección de personal, y por consiguiente, que prima facie sí es una entidad especializada en dicho campo de acción de conformidad con el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, contrario a lo señalado por el A quo en la providencia controvertida. Sin embargo, la anterior conclusión no es suficiente para revocar la providencia que decretó la suspensión provisional del acto de elección, comoquiera que de la revisión del convenio de asociación N° 001 del 30 de octubre de 2019, se evidencia que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS asumieron de manera conjunta, todas y cada una de las obligaciones relacionadas con el acompañamiento, asesoría y apoyó al concejo Manaure en la realización del concurso de méritos para la elección del personero de la entidad territorial, por consiguiente, fueron ambos los que intervinieron a solicitud de la дума municipal en el trámite correspondiente, y por ende, de los 2 debe estar acreditada su condición de personas especializadas en selección de personal. Esto implica que también verificarse si CREAMOS TALENTOS es una de las entidades de que trata el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015. Sobre el particular, al revisar el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá del 14 de junio de 2019, lo primero que llama la atención, como lo subrayó el Tribunal Administrativo de La Guajira, es que CREAMOS TALENTOS no es una persona jurídica, sino un establecimiento de comercio. (...). A luz de la (...) definición legal de establecimiento de comercio [artículo 515 del Código de Comercio], salta a la vista que CREAMOS TALENTOS no es una universidad, una institución de educación superior pública o privada, ni una entidad especializada en procesos de selección de personal, sino simplemente, un conjunto de bienes que fue organizado por su empresario, en este caso, la señora Ángela María Dueñas Gutiérrez, para el desarrollo de las actividades comerciales arriba señaladas, de las cuales por cierto, prima facie tampoco se advierte con claridad la realización, apoyo o gestión de procesos de selección de personal. Y es que al revisar el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, no se avizora que los concejos municipales puedan recurrir a establecimientos de comercio para el desarrollo de los concursos de méritos,





conclusión que tampoco se desprende de la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional, que abrió la posibilidad de que dichas corporaciones de elección popular contaran con el apoyo de terceros para desarrollar los procesos de elección.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la solicitud de suspensión provisional y que debe presentarse dentro del término de caducidad, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2019-00087-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 31 de mayo de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2018-00047-00. Sobre la diferencia de criterios en cuanto a la exigencia o no del traslado de la petición cautelar, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de agosto de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2018-00394-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 27 de septiembre de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 73001-23-33-000-2018-00204-01. En cuanto a pronunciamientos que consideran que no es necesario ponerle de presente al demandado la petición cautelar antes de su resolución, consultar, entre otros que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de julio de 2014, M.P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 11001-03-28-000-2014-00039-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 21 de abril de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 47001-23-33-000-2015-00492-01. Sobre otros pronunciamientos que consideran que el traslado de la petición cautelar no es incompatible con la naturaleza del medio de control de nulidad electoral, consultar, entre otros que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 10 de febrero de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E), Rad. 11001-03-28-000-2017-00007-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de abril de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2018-00011-00. Sobre el contenido del derecho al debido proceso, ver: Corte Constitucional, sentencia C-163 del 10 de abril de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera. En cuanto a que no es razonable exigir la aplicación de la tesis unificada a una decisión dictada con anterioridad, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de abril de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11101-03-28-000-2018-00074-00; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de noviembre de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 76001-23-33-000-2019-01102-01. Sobre el estudio de constitucionalidad del artículo 35 de la ley 1151 de 2012 y que el concurso para elección de personero podría adelantarse directamente o a través de un tercero contratado para el efecto, ver: Corte Constitucional, sentencia C-105 del 6 de marzo de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. En cuanto al parámetro a tener en cuenta para identificar si una entidad especializada en procesos de selección personal puede adelantar el concurso de mérito para la elección del personero, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 8 de junio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 76001-23-33-000-2016-00233-01. Sobre otras providencias relacionadas con el mismo tema, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de octubre de 2020, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2020-00081-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 19 de noviembre de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado 73001-23-33-000-2020-00327-01.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 233 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 234 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277 / LEY 1151 DE 2012 – ARTÍCULO 35 / DECRETO 1083 DE 2015 - ARTÍCULOS 2.2.27.1 / DECRETO 1083 DE 2015 - 2.2.27.6 / CÓDIGO DE COMERCIO – ARTÍCULO 515





CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 44001-23-33-000-2020-00022-01

Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Demandado: ALIBIS PINEDO ALARCÓN - PERSONERO DE MANAURE (LA GUAJIRA), PERIODO 2020-2024

Referencia: NULIDAD ELECTORAL. Medida cautelar – suspensión provisional de los efectos del acto de elección demandado – Apelación

AUTO QUE RESUELVE RECURSO DE APELACIÓN

La Sala procede a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandada, contra el auto de 12 de marzo de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo de La Guajira admitió la demanda electoral formulada contra el acto elección del señor Alibis Pinedo Alarcón, como personero de Manaure (La Guajira) para el periodo 2020-2024 y decretó la suspensión provisional de los efectos del acto declarativo de la designación cuestionada.

I. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

1. Los señores Edwin José López Fuentes, Víctor Sierra Deluque y Germán Gutiérrez Frías, en su condición de procuradores 91 judicial I, 202 judicial I y 154 judicial II para asuntos administrativos, respectivamente, interpusieron demanda de nulidad electoral, con el fin de que se anule el acto de elección del ciudadano Alibis Pinedo Alarcón, como personero de Manaure (La Guajira) para el período 2020-2024.

2. En sustento de la anterior pretensión argumentaron que la referida designación incurrió en infracción de las normas superiores y expedición irregular por las siguientes razones:

(I) Violación del principio de transparencia. En la medida que la Resolución N° 04 del 8 de noviembre de 2019, que convocó y reglamentó el concurso de méritos para la elección del personero de Manaure, en su artículo 70 estableció que debía publicarse **por preferencia**, en la cartelera del Concejo Municipal, o





en su defecto, en la página web www.manuere-laguajira.gov.co (sic), con lo cual no se logró el nivel de publicidad y participación que para dicha elección que busca garantizar el artículo 2.2.27.3 del Decreto 1083 de 2015, al indicar que la publicidad de la convocatoria *“deberá hacerse a través de los medios que garanticen su conocimiento y permitan la libre concurrencia, de acuerdo con lo establecido en el reglamento que para el efecto expida el concejo municipal o distrital y a lo señalado en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo referente a la publicación de avisos, distribución de volantes, inserción en otros medios, la publicación en la página web, por bando y a través de un medio masivo de comunicación de la entidad territorial”*.

(II) El concurso de méritos no se adelantó por una entidad idónea. Resaltaron que la duma municipal para llevar a cabo éste, celebró el Convenio 001 del 30 de octubre de 2019 con la Federación Colombiana de Autoridades Locales (FEDECAL) y el establecimiento de comercio CREAMOS TALENTOS, que a juicio de la Procuraduría General de la Nación no cumplen con las condiciones mínimas establecidas en los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015 y la ratio decidendi de la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional. Esto en razón a que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS no pueden catalogarse a la luz de las anteriores normas, como universidades, instituciones de educación superior o entidades especializadas en procesos de selección de personal, ni cuentan con la infraestructura logística y administrativa que se requiere para tal efecto.

En tal sentido, destacaron, que según lo conceptuado por el Departamento Administrativo para la Función Pública desde el año 2015, FEDECAL y CREAMOS TALENTOS tienen una limitada estructura organizacional, y la segunda ni siquiera es una persona jurídica o una entidad sin ánimo de lucro, en contravía del artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 5° del Decreto 092 de 2016. Lo expuesto para indicar, que si bien han adelantado un buen número de concursos de méritos para elegir personeros, esa experiencia no resulta suficiente para acreditar las condiciones mínimas legal y jurisprudencialmente establecidas.

(III) No se publicaron en el SECOP los estudios previos ni el Convenio 001 del 30 de octubre de 2019, para el acompañamiento, asesoría y apoyo en el concurso de méritos para la elección del personero de Manauere. Subrayaron que ni el concejo municipal, FEDECAL o CREAMOS TALENTOS están registrados en el sistema, en desconocimiento de las normas de contratación estatal y del principio de transparencia.

(IV) Agregaron que el citado convenio desconoce el artículo 5° del Decreto 092 de 2017, según el cual, contratos como el mencionado no están sujetos a competencia cuando la empresa sin ánimo de lucro comprometa recursos en dinero para la ejecución de actividades, en una proporción **no inferior al 30% del valor total del convenio**, límite que no se cumplió, teniendo en cuenta que el celebrado en el caso de autos fue a título gratuito.





(v) Reprocharon que el citado convenio es producto de la manifestación de voluntades de una entidad pública y 2 personas diferentes que no tienen vínculo entre sí, que no ofertaron pluralmente, ni están constituidas como unión temporal o consorcio. Esto es, que la contratación estatal se realizó bajo una modalidad no admitida por el ordenamiento jurídico.

(VI) Sostuvieron que el plazo que otorgó la convocatoria para la inscripción de aspirantes fue de tan solo 2 días, aunque el parágrafo del artículo 2.2.6.2 del Decreto 1083 de 2015, que estiman es aplicable al proceso de elección de personeros, prevé un término mínimo de 5 días.

(VII) Manifestaron que en violación del principio de transparencia contenido en los artículos 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 y 3.8 de la Ley 1437 de 2011, no se garantizó la reserva de las preguntas de las pruebas de conocimiento.

(VIII) Arguyeron que en desconocimiento del principio de legalidad, el Concejo Municipal mediante una proposición, esto es, una actuación que contribuye a la formación de las decisiones, pero que no tiene como fin la adopción de éstas (como ocurre con los acuerdos), autorizó a la Mesa Directiva para suscribir el acto de convocatoria del concurso de méritos de personero.

(IX) Afirmaron que en contra del inciso 2º, literal a) del artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015, la convocatoria no precisó el lugar de la prueba de conocimiento, inclusive, que dicha información fue divulgada con muy poca antelación a la celebración de aquélla.

(X) Indicaron que el artículo 68A de la Resolución N° 04 del 8 de noviembre de 2019, limitó la oportunidad de acceder a los resultados de las pruebas practicadas para presentar las reclamaciones correspondiente a la ciudad de Bogotá, lo que estimaron resulta una restricción excesiva del derecho a la información y al debido proceso, que también se vieron afectados con la limitación de sacar copias, fotocopias, portar medios tecnológicos en el momento de la revisión del examen, pese que a la jurisprudencia constitucional ha insistido en que la reserva no se extiende para la información de cada participante y tampoco respecto de los cuadernillos de pruebas que fueron realizadas.

(XI) Finalmente, alegaron que el acto de elección es contrario a la inhabilidad prevista en el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994¹, teniendo en cuenta que la señora Yadira Pinedo Alarcón, hermana del demandado, fue concejal de Manaure durante el período 2016-2019, y como tal participó en buena parte del proceso de elección que se controvierte en este oportunidad,

¹ "ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

(...)

f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;

(...)"





aunque el acto de designación se haya producido en el mes de enero de 2020, cuando la conformación de la duma municipal era distinta.

1.2. Solicitud de medida cautelar

3. En el libelo introductorio se solicitó la suspensión provisional del acto cuya nulidad se pretende, remitiéndose al concepto de violación antes expuesto.

1.3. Admisión de la demanda y resolución de la medida cautelar

4. Mediante auto del 12 de marzo de 2020, el Tribunal Administrativo de La Guajira, de un lado, admitió la demanda al considerar que cumple con los requisitos legalmente establecidos, y de otro, decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Alibis Pinedo Alarcón como personero de Manaure (La Guajira) para el periodo 2020-2024. Esto último por las razones que a continuación se sintetizan:

5. Indicó que la regulación especial del medio de control de nulidad electoral, no establece la obligación de correr traslado de la medida cautelar previo a su resolución, por lo que al interior de la Sección Quinta del Consejo de Estado se han presentado 2 interpretaciones disímiles, la primera, según la cual dicho traslado debe efectuarse por aplicación de las normas del procedimiento ordinario, y la segunda, que estima que dicho trámite no es necesario teniendo en cuenta la naturaleza del referido medio de control.

6. Ante dicha disyuntiva, sostuvo que el Tribunal Administrativo de La Guajira considerando que la interpretación que más se compadece de la naturaleza especial de la acción, es la que prohíba la resolución de plano de la solicitud de suspensión provisional, es decir, sin que se corra traslado de la medida cautelar al demandado.

7. En segundo lugar, se pronunció sobre el presunto desconocimiento del principio de transparencia porque el concurso de méritos no se divulgó a través de los medios que garantizaran un amplio margen de publicidad y participación, indicando que de las pruebas aportadas se evidencia, que el principal medio de comunicación que se empleó fue la página web www.manuere-laguajira.gov.co y que para las modificaciones estaba a disposición la cartelera del Concejo. Además, que de acuerdo con la certificación de la Directora de Comunicaciones del municipio de Manaure, que constituye un documento público que se presume auténtico, las decisiones relativas al concurso se dieron a conocer conforme al calendario establecido. En atención a las anteriores situaciones concluyó, que *prima facie* no se advertía la violación expuesta por la parte accionante.

8. Seguidamente, destacó que la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 2013, a propósito del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, sobre la facultad de los concejos municipales para elegir a los personeros, señaló que aquéllos pueden celebrar convenios con organismos especializados e independientes para llevar bajo su supervisión y directrices, los concursos de méritos respectivos, y que dicha





posibilidad se materializó con la expedición del Decreto 2485 de 2014, hoy compilado en el Decreto 1083 de 2015, que en su artículo 2.2.27.1 reglamentó quiénes pueden ser esos terceros, norma respecto de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado² ha interpretado que se trata de aquellas personas jurídicas privadas o públicas, que tengan dentro de su objeto social la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal.

9. A renglón seguido, transcribió el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, para destacar que las entidades estatales pueden asociarse con personas jurídicas particulares para el desarrollo de algunas de las funciones legalmente previstas. Lo propio hizo con el artículo 3° del Decreto 092 de 2017, para subrayar que el objeto estatutario de una entidad sin ánimo de lucro, le permite desarrollar el objeto de contratación que adelantará con el gobierno nacional, departamental, distrital o municipal.

10. Lo expuesto para señalar, que de las pruebas aportadas al proceso, entre las que se destacan los certificados de existencia y representación de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, la primera es una entidad sin ánimo de lucro con personería jurídica y la segunda está constituida como establecimiento de comercio y no como persona jurídica, sin que se advierta en el objeto o la actividad económica respectivamente, la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personas a través de concurso de méritos, que permita catalogarlas como especialistas en la materia, en los términos del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.

11. En ese orden de ideas, consideró que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS no cumplen con el requisito de idoneidad para brindar el acompañamiento para la selección de personal a través de concurso de méritos, pues no son especialistas en el tema, circunstancia que impide predicar que se garantizaron respecto a la elección controvertida, los principios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad que deben guiar la selección del personero, y además, que dicha omisión afecta el mérito como criterio orientador para la elección, *“lo que coloca en riesgo el adecuado desempeño de las funciones que corresponde ejercer a quien resulte electo, motivo por el cual, y en salvaguarda tanto del ordenamiento jurídico como de dichos principio se decretará la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos”* del acto acusado.

12. Al encontrar acreditada la falta de idoneidad de quienes adelantaron el concurso de méritos, el Tribunal se relevó del estudio de los demás argumentos en que se sustentó la medida cautelar.

1.4. Apelación contra el auto que decretó la medida cautelar

13. El demandado contravirtió la decisión que accedió a la suspensión provisional del acto acusado, indicando que en desconocimiento del debido proceso y del artículo 230 de la Constitución Política, según el cual los jueces en sus

² Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de junio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 76001-23-33-000-2016-00233-01.





providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley, no se le corrió traslado de la medida cautelar, a pesar de que el artículo 233 del CPACA le otorga dicha garantía.

14. De otra parte, sobre la violación de los principios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, por la presunta falta de idoneidad de quienes adelantaron el concurso de méritos, destacó lo siguiente:

15. Afirmó que la decisión controvertida *“obedece al desconocimiento que (se) tiene de la realidad procesal y de los conceptos emitidos por las entidades encargadas de estos asuntos, entiéndase: Colombia Compra; Departamento de la Función Pública y la misma Procuraduría General de la Nación, quienes frente a estas entidades, ya han emitido su aval, o visto bueno respecto de la realización de convenios y concursos de méritos de personeros municipales”*.

16. A renglón seguido, aseveró que el requisito *“esencial”* para la elección del personero consiste en ser abogado, el cual acreditó en el proceso de selección.

17. Resaltó que de conformidad con el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, los concejos municipales tienen la potestad de adelantar el concurso de méritos para la elección del personero a través de universidades, instituciones de educación superior públicas o privadas o entidades especializadas en procesos de selección de personal, pero ello no implica que las corporaciones públicas de elección popular estén obligadas a acudir para tal efecto a dichas instituciones o entidades, pues también podrían adelantar el trámite directamente, como lo ha precisado el Consejo de Estado³, razón por la cual afirmó, *“erran los Honorables Procuradores al señalar en su acápite de la demanda que “el concurso no lo adelantó una entidad idónea”, teniendo en cuenta que El (sic) Concejo Municipal de Manaure La Guajira, tuvo y tiene una facultad que constitucional, legal y jurisprudencialmente le ha sido otorgada para adelantar el concurso”*.

18. Argumentó que el Concejo Municipal de Manaure suscribió con FEDECAL y CREAMOS TALENTOS el Convenio N° 001 de 2019, toda vez que tienen *“experiencia en más de sesenta (60) asesorías brindadas a procesos meritocráticos de selección de personal a lo largo y ancho del territorio nacional”*, por lo que *“cuentan con la suficiente idoneidad y probidad en la materia, dada su experiencia adquirida a lo largo de los años, la cual denota rectitud y transparencia, lo que ha generado la confianza en los diferentes Concejos Municipales, que han acudido a sus servicios para el desarrollo de este tipo d convocatorias”*.

19. Trajo a colación algunas consideraciones de la providencia del 9 de octubre de 2018, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá dentro del proceso 2018-00136, para ilustrar que instituciones como FEDECAL son especializadas en el apoyo de proceso de concursos de méritos para la elección de personeros, debido a la amplia experiencia que tienen en dicho sector, adquirida por la forma habitual en la que las corporaciones de elección popular han solicitado sus servicios.

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio sentencia dictada dentro del proceso 25000-2341-000-2016-00404-01.





20. Agregó que FEDECAL en el numeral 9° del artículo 3 de sus estatutos, que se encuentran vigentes y fueron inscritos bajo el N° S0049161 del 21 de septiembre de 2015 ante la Cámara de Comercio de Bogotá, contempla como uno de sus fines, *“llevar a cabo procesos de selección de personal que quiera vincularse al sector público o privado, ya sea por medio de concursos públicos, abiertos o cerrados, de méritos, u otros, que solicite la entidad o institución pública o privada a la Federación o que ésta presente como propuesta o participar en cualquier etapa del mismo”*.

21. Lo expuesto para concluir, que *“no se encuentra fundamento jurídico en el hecho que pretende deslegitimar la idoneidad de esta entidad para brindar el acompañamiento al Concejo Municipal de Manaure en el desarrollo del concurso, teniendo en cuenta que un Tribunal Administrativo, en decisión de Sala Plena, avaló la participación de este tipo de instituciones que agremian a los Concejales para asesorar estos procesos meritocráticos, partiendo de la base de que quien lo realiza es directamente el Concejo Municipal por disposición Constitucional que así lo estableció; en suma también se está probado que FEDECAL dentro de sus estatutos tiene permitido el acompañar procesos de selección de personal y por tanto, han acompañado varios procesos a lo largo y ancho del territorio nacional sin que se haya generado reproche alguno.”*

22. En lo que respecta a CREAMOS TALENTOS, señaló que cuenta con una trayectoria de *“18 años, que le ha valido para obtener la suficiente probidad e idoneidad para participar de este tipo de convocatorias, teniendo en cuenta que su experiencia se ha basado en la consecución de recurso humano para diferentes entidades de los sectores público y privado, ya que han realizado acompañamientos y apoyos a procesos de entidades como el Ejército y el Sena (personal para diferentes cargos), al igual que a más de 60 procesos a lo largo y ancho del territorio nacional en relación a la elección de personero municipal”*.

23. Añadió, que el Tribunal Administrativo de Boyacá en la providencia antes referida, afirmó que no avizoraba prohibición constitucional o legal para que CREAMOS TALENTOS apoyara o prestara los servicios profesionales al Concejo Municipal de Tunja para la elección del personero.

24. Precisó que el Decreto 1083 de 2015 establece que los mencionados concursos de méritos podrán ser adelantados con instituciones de educación superior públicas o privadas, o con **“entes”** especializados en selección de personal, por lo que la normatividad pertinente no establece como obligatorio ostentar la calidad de persona jurídica o natural, dejando abiertas otras posibilidades de intervención

25. Agregó que las normas que rigen la materia, no reglamentaron qué entidad u organismo debe acreditar a las entidades especializadas que adelanten los procesos de selección de los personeros municipales, por lo que el Departamento Administrativo de la Función Pública en concepto 71661 de 2019, consideró que será el concejo municipal quien determine dentro del proceso de contratación estatal correspondiente, qué entidad cumple con los requisitos para tal efecto.

II. CONSIDERACIONES





2.1. Competencia

26. La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para tramitar el presente proceso, en segunda instancia, en virtud de lo establecido en los artículos 150 y 152.8 de la Ley 1437 de 2011, al igual que lo normado en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 –Reglamento del Consejo de Estado–, expedido por la Sala Plena de esta Corporación.

27. De igual manera, la Sala es competente para resolver en el proceso de nulidad electoral sobre la apelación de la medida cautelar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 125 y 277 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Marco normativo de la medida cautelar de suspensión provisional en el proceso de nulidad electoral

28. 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.

29. A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la Ley 1437 de 2011 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.

30. Dentro de tales medidas, se encuentra consagrada entre otras, 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 2011⁴. 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 ejecutorio⁵.

31. 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.- 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,

⁴ 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 (...)

⁵ 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.





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. (...)

32. Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 establece una regla específica respecto de la suspensión provisional en los siguientes términos:

“...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...”

33. A partir de las normas citadas, se colige respecto de la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; es decir, se funda en el principio de legalidad, que significa que los actos y comportamientos de la administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general, lo que se ha catalogado como el “bloque de la legalidad” o principio de juridicidad de la administración; (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; (iii) dicha petición debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.⁶

34. Añádase a lo anterior, que en atención a los términos perentorios para la formulación de cargos contra los actos susceptibles de revisión a través del medio de control de nulidad electoral, la solicitud de suspensión provisional de aquéllos debe formularse dentro del término de caducidad, como lo ha subrayado esta Sección⁷.

35. Asimismo, la doctrina ha destacado⁸ que con la antigua codificación, -Código Contencioso Administrativo-, se requería para la procedencia de la suspensión provisional, la existencia de una manifiesta infracción de las disposiciones invocadas como violadas, esto es, una infracción grosera, de bulto, observada *prima facie*⁹. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas, que representa la violación del principio de legalidad aducidas en la demanda o en escrito separado antes de la admisión de la misma, contravención que debe surgir del análisis por

⁶ Sobre el particular ver entre otros: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 4 de mayo de 2017, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2017-00011-00, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 30 de junio de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 85001-23-33-000-2016-00063-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 25 de abril de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11001-03-28-000-2015-00005-00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 4 de febrero de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 1001-03-28-000-2015-00048-00; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 21 de abril de 2016, C.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2016-00023-00.

⁷ Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de febrero de 2020, M.P. Rocío Araujo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2019-00087-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 31 de mayo de 2018, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicado No. 11001-03-28-000-2018-00047-00.

⁸ BENAVIDES José Luis. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo comentado y concordado. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2013 pg. 496.

⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 29 de enero de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, Rad. 11001-03-27-000-2013-00014-00 (20066).





parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como violadas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su solicitud para que sea procedente la medida precautelar.

36. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos con los argumentos y pruebas sumarias presentadas en esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia.

37. Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

2.4 Caso concreto

2.4.1. Planteamiento de los problemas jurídicos

38. De conformidad con las razones que motivaron la suspensión provisional del acto de elección acusado y las expuestas contra dicha decisión por la parte demandada, se estima que los problemas jurídicos a resolver son los siguientes:

(I) Si el hecho de que no se le haya corrido traslado de la medida cautelar al señor Alibis Pinedo Alarcón, constituye una circunstancia que justifica revocar la decisión que decretó la suspensión provisional de su elección como personero de Manaure.

(II) Si de lo acreditado en esta instancia y de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015, la Federación Colombiana de Autoridades Locales (FEDECAL) y CREAMOS TALENTOS, pueden catalogarse como universidades, instituciones de educación superior o entidades especializadas en procesos de selección de personal, a efectos de intervenir en el concurso de méritos que finalizó con la expedición del acto de elección del personero de Manaure, y en caso negativo, si dicha circunstancia tiene la incidencia necesaria para suspender provisionalmente los efectos de la decisión cuya nulidad se pretende.

39. En la resolución de los problemas jurídicos planteados, se analizarán los argumentos que alrededor de los mismos plantearon los sujetos procesales.

2.4.2. Resolución del primer problema jurídico – sobre el traslado de la medida cautelar en el trámite de nulidad electoral

40. En la providencia objeto del recurso de apelación, el Tribunal Administrativo de La Guajira reconoce que no se corrió traslado de la medida cautelar, pues estima



que la resolución de plano se acompasa con la naturaleza del medio de control de nulidad electoral. Para tal efecto, puso de presente que al interior de la Sección Quinta del Consejo de Estado no existe una posición unificada, en tanto hay pronunciamientos que defienden la exigencia del traslado de la petición cautelar, como otros, a su juicio más pertinentes, que indican que no es necesario agotar tal trámite.

41. Sobre la diferencia de criterios a que hace alusión el Tribunal, debe reconocerse como lo ha hecho esta Sección en anteriores oportunidades¹⁰, que es cierta. En tal sentido, pueden apreciarse providencias que han defendido la tesis según la cual, no es necesario ponerle de presente al demandado la petición cautelar antes de su resolución¹¹, en atención a dicho requisito no está previsto por las normas especiales del medio de control de nulidad electoral y que tal silencio se encuentra justificado en la naturaleza expedita de aquél, estrechamente relacionada con la pretensión de decidir en el menor tiempo posible las controversias relativas a la legalidad de las designaciones, so pena de afectar la estabilidad de las instituciones en las que se realizaron aquéllas y el normal desarrollo de sus funciones; además, que contra la decisión que resuelve la medida cautelar, que debe estar contenida en el auto admisorio de la demanda y que debe ser dictada por el juez, sala o sección, es susceptible de los recursos de reposición o súplica según el caso, de conformidad con el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, con lo cual se garantiza de manera suficiente el derecho a la defensa.

42. Asimismo, otro sector de la Sección Quinta del Consejo de Estado, ha propendido por indicar que el traslado de la petición cautelar no es incompatible con la naturaleza del medio de control de nulidad electoral¹², en tanto aquél materializa la garantía del derecho a la defensa, cuyo margen de acción no se limita a la posibilidad de interponer recursos contra la decisión correspondiente, sino antes de que se dicte, razón por la cual, por mandato del artículo 296 de la Ley 1437 de 2011¹³, en materia de medidas cautelares resultan aplicables las disposiciones del proceso ordinario, según las cuales, el demandado ex ante tiene la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción (art. 233), salvo que se esté ante una situación de urgencia que justifique proferir una decisión de plano en los términos del artículo 234 del mismo estatuto¹⁴.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de agosto de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2018-00394-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 27 de septiembre de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 73001-23-33-000-2018-00204-01.

¹¹ Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 17 de julio de 2014, M.P. Susana Buitrago Valencia, Rad. 11001-03-28-000-2014-00039-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 4 de febrero de 2016, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 11001-03-28-000-2015-00048-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 21 de abril de 2016, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 47001-23-33-000-2015-00492-01.

¹² Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 10 de febrero de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez (E), Rad. 11001-03-28-000-2017-00007-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 14 de febrero de 2017, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 81001-23-39-000-2016-00124-01. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 1° de junio de 2017, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 11001-03-28-000-2017-00011-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 20 de abril de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 11001-03-28-000-2018-00011-00.

¹³ "ARTÍCULO 296. ASPECTOS NO REGULADOS. En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral".

¹⁴ "ARTÍCULO 234. MEDIDAS CAUTELARES DE URGENCIA. Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.

La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente, previa la constitución de la caución señalada en el auto que la decreta."

43. Ahora bien, sobre la situación de urgencia a que hace alusión el artículo 234 ibídem, vale la pena precisar que corresponde a un concepto jurídico indeterminado que funciona como un criterio atributivo de determinada potestad, en este caso del juez o sala de decisión correspondiente y, en tal sentido, se emparenta con la teoría de las circunstancias excepcionales, el interés público, la utilidad pública, la urgencia, etc. En estos casos, como lo advierte el profesor Gordillo, “*cabe siempre estar advertido contra la posibilidad de que dichos conceptos jurídicos indeterminados se transformen de hecho en poderes o potestades seudonormativas, por lo tanto extranormativas y extrajurídicas*”, que implican un procedimiento de carácter excepcional y por ello motivado, en el cual, como es lógico, las garantías del individuo son menores¹⁵ y exceden de las facultades y poderes que normalmente le corresponden al juez o la sala correspondiente, según el caso.

44. En este sentido, la omisión de audiencia que representa el artículo 234 de la ley 1437 de 2011, se funda en la necesidad de evitar un daño grave al principio de legalidad y, con ello, al interés general, pues es su gravedad y proporcionalidad la que se enfrenta al derecho del traslado, que establece el artículo 233 de la misma ley.

45. De tal manera, que además de repercutir el trámite de urgencia en el objeto del proceso, se ha puesto en grave tensión el debido proceso y el interés general y con ellos, el principio de legalidad que procura el juez con este procedimiento expedito permanezca, en todo caso, vigente.

46. De tal manera, que la urgencia más que una potestad discrecional, es un concepto jurídico indeterminado que se relaciona con la decisión del juez, quien se enfrenta a circunstancias excepcionales del proceso, que debe explicar y motivar, por estar en tensión principios esenciales del Estado democrático¹⁶.

47. En ese orden de ideas, el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011 autoriza al juez a adoptar la medida cautelar de urgencia cuando se cumplan todos los requisitos para la adopción de la cautela y evidencie motivos que le impidan adoptar la decisión con fundamento en el procedimiento ordinario, decisión que por limitar la protección jurídica de la parte demandada, debe en todo caso motivarse.

48. Ahora bien, volviendo al recuento de la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, se tiene que la diferencia de criterios también ha tenido lugar en los jueces y tribunales administrativos, por lo que en algunas ocasiones esta Sección ha conocido casos en los que se reprocha que la autoridad judicial no corrió traslado de la medida cautelar o viceversa, situación frente a la cual en un primer momento, se indicó que el traslado de la medida cautelar en el trámite de nulidad electoral no era obligatorio, por lo que quedaba al margen de la autonomía del juez concederle o no, precisamente, ante la divergencia de opiniones. Sobre el

¹⁵ GORDILLO Agustín, Legalidad y Urgencia en el Derecho Administrativo. Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo. Colegio de Abogados de Costa Rica. Asociación Costarricense de Derecho Público. Litografía e Imprenta LIL. S.A. 1981. Pp. 292-293.

¹⁶ Sobre el particular también apreciarse: Clavero Arévalo, Manuel, “Ensayo de una teoría de la urgencia en el derecho administrativo,” Revista de Administración Pública, nº 10, Madrid, 1953, p. 25 y ss., p. 38.



particular resultan ilustrativas las siguientes consideraciones contenidas en el auto del 2 de agosto de 2018¹⁷.

“(…) 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. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación”

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, toda vez que la norma se limita a definir la competencia para proferir la decisión y regular lo relacionado con el recurso procedente. Por ello podría concluirse, en principio, que dicho trámite está proscrito de los procesos electorales.

No obstante, no puede perderse de vista que las normas especiales del proceso electoral en su artículo 296 del CPACA también ordenaron que: *“En lo no regulado en este título se aplicarán las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.”*

De hecho, del análisis de esta disposición, podría arribarse a la conclusión totalmente contraria, esto es, que el traslado de la medida cautelar sí es posible en los procesos electorales, debido a que aquella es plenamente compatible con su naturaleza.

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 sus respectivas aclaraciones de voto en las que se defendía una u otra posición¹⁸.

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 solicitud¹⁹.

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 juez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 2 de agosto de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2018-00394-01.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.





Bajo este panorama, es claro que la ausencia de traslado de los fundamentos de la medida cautelar al señor Quinto Guerra no genera ningún vicio en el trámite de ésta, y por ende, por este motivo no es posible revocar la decisión adoptada por el *a quo*”.

49. Como puede apreciarse, la posición intermedia antes descrita, reconoce que es viable, más no obligatorio, correr traslado de la medida cautelar en sede de nulidad electoral, dejando en criterio de cada operador judicial, brindar la mencionada garantía al demandado, aunque se destaca en un pie de página, que dicho traslado no debe surtirse cuando se éste ante una situación de urgencia que requiera prescindir del mismo, como lo señala el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011.

50. Con posterioridad, la Sección en auto del 27 de septiembre de 2018²⁰, en un caso en el que se reprochó que el juez de primera instancia corrió traslado de la medida cautelar, retomó las consideraciones expuestas en la providencia del 2 de agosto del mismo año, pero a renglón seguido en los siguientes términos, hizo énfasis en las bondades de brindar dicha oportunidad al demandado y además, indicó que en principio la justificación válida para prescindir de él, está en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011:

“(…)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 *sub judice* se torne ineficaz cualquier actuación tendiente a proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia²¹. 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:

(…)

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

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 27 de septiembre de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 73001-23-33-000-2018-00204-01

²¹ 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.





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

51. Entendiendo que las anteriores consideraciones podrían significar una variación de la tesis intermedia, sin dejar de serlo, sobre el margen de apreciación que tiene el juez de correr o no traslado de la medida cautelar en sede de nulidad electoral, en la medida que se indica que la justificación válida para prescindir de éste se circunscribe a la existencia de una situación de urgencia en los términos del artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, se presentó una aclaración de voto, en la que se expresó, que el hecho de que no sea imperativo correr traslado de la medida cautelar, también tiene como justificación la naturaleza del medio de control, en especial, cuando con ocasión del mismo se controvierten designaciones estrechamente relacionadas con el funcionamiento de las entidades correspondientes. Veamos:

“En relación con el traslado de la medida cautelar itero mi posición sostenida de tiempo atrás sobre la aplicación y manejo del traslado de la medida cautelar, toda vez que si bien el CPACA en la regulación propia del medio de control de la nulidad electoral no contiene previsión que imponga surtir dicho traslado, con el propósito de garantizar el derecho de defensa y contradicción, tal como lo tiene sentado la Sección Quinta, se da aplicación, por analogía, a la norma del proceso contencioso administrativo general que sí lo prevé, conforme a las voces del artículo 233 del CPACA.

La teleología por la que se adopta el traslado de dicha medida cautelar, en veces, se morigera cuando el cargo sobre el cual recae la demanda de nulidad electoral y la solicitud cautelar sí afecta el funcionamiento de la entidad, lo que impone adoptar la decisión sobre la suspensión provisional inmediatamente junto con el texto de la admisión, sin pasar por el traslado de la medida, decisión que incluso considero viable procesalmente, aupada en que en la regulación propia del medio de control de nulidad electoral aunque se regula la medida de suspensión provisional se guardó silencio sobre el traslado de la medida.

Es innegable y, en eso hago claridad, que todos los cargos y más aquellos que tienen que ver con la dirección del país, independientemente de sus niveles nacional o territorial, son de basilar importancia para el funcionamiento y la organización del país, y que cuando se trata de cargos uninominales, de elección o de designación de corporación e incluso de nombramientos, no decidir la medida inmediatamente junto con el auto admisorio de la demanda, sí puede afectar el funcionamiento de la entidad, aspecto circunstancial que resulta de menor afectación funcional si se trata de un corporativo numeroso.”²²

52. Bajo los anteriores derroteros, en especial, lo expuesto en el auto del 2 de agosto de 2018, que fue reiterado en la providencia del 27 de septiembre del mismo año, en el caso de autos podría simplemente optarse por la alternativa según la cual, no era imperativo para el Tribunal Administrativo de La Guajira correr traslado de la medida cautelar; sin embargo, es necesario destacar, que respecto de una de las razones que ha soportado dicha tesis, concretamente, la existencia de decisiones opuestas al interior de la Sección Quinta Consejo de Estado, la jurisprudencia de la misma revela que se viene adoptando como

²² Aclaración de voto de la magistrada Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, al auto del 27 de septiembre de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad. 73001-23-33-000-2018-00204-01.





práctica general, que en el medio de control de que trata el artículo 139 del CPACA, sí debe correrse traslado de la medida cautelar, **salvo que se esté ante una situación de urgencia** a las voces del artículo 234 del mismo estatuto, como lo demuestran, entre otros, los siguientes autos, con ponencia de los distintos magistrados que actualmente conforman la sala de decisión, inclusive, frente a demandas en las que se controvierten designaciones de las que podría depender el normal funcionamiento de la entidad correspondiente:

Fecha de la providencia	Magistrado ponente	Designación que se controvierte
Autos del 7 de febrero y 29 de julio de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00009-00	Rocío Araujo Oñate	Elección del director de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área del Manejo Especial de La Macarena
Autos del 23 de enero y 1° de julio de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00011-00	Rocío Araujo Oñate	Elección del gobernador de Putumayo
Auto del 11 de noviembre de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00085-00	Rocío Araujo Oñate	Elección de la Procuradora General de la Nación
Auto del 28 de noviembre de 2019, Rad. 11001-03-28-000-2019-00063-00	Rocío Araujo Oñate	Elección del Registrador Nacional del Estado Civil
Auto del 24 de enero de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00023-00	Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez	Elección de la rectora de la Universidad Popular del Cesar
Auto del 20 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00086-00	Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez	Elección del defensor del Pueblo
Auto del 27 de enero de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00014-00	Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez	Elección de magistrado del Consejo Nacional Electoral
Auto del 19 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00075-00	Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez	Elección del director de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda
Auto del 30 de julio de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00023-00	Carlos Enrique Moreno Rubio	Elección de la rectora de la Universidad Popular del Cesar
Auto del 16 de enero de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00010-00	Carlos Enrique Moreno Rubio	Elección del gobernador del departamento de Vaupés
Auto del 30 de enero de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00028-00	Carlos Enrique Moreno Rubio	Elección del director de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Área del Manejo Especial de La Macarena
Auto del 10 de febrero de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00036-00	Luis Alberto Álvarez Parra	Elección de la directora encargada de la Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía
Auto del 9 de septiembre de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00074-00	Luis Alberto Álvarez Parra	Elección del presidente, primer vicepresidente y segunda vicepresidenta del



		Senado de la República.
Auto del 13 de octubre de 2020, Rad. 11001-03-28-000-2020-00079-00	Luis Alberto Álvarez Parra	Elección del gerente general del Canal Regional de Televisión del Caribe

53. La actual dinámica de la Sección Quinta del Consejo de Estado, da cuenta que ha prevalecido el criterio según el cual, el traslado de la medida cautelar es compatible con el trámite de nulidad electoral, inclusive, cuando se controvierten designaciones de las cuales *prima facie* podría considerarse que depende el normal funcionamiento de la entidad correspondiente, inclusive, que son de significativa importancia para todo el país o buena parte de él.

54. No obstante, la anterior determinación no ha sido planteada de manera expresa, clara y precisa por la Sala, lo que ha permitido que algunos tribunales administrativos, bajo el argumento de tesis opuestas al interior de aquella y citando para tal efecto pronunciamientos anteriores a finales del año 2018, sigan sosteniendo que en la materia se respeta la autonomía e independencia de la autoridad judicial, por lo que en algunos casos se le otorga al demandado la posibilidad de ejercer el derecho a la defensa antes de que se resuelva la medida cautelar y a otros no, sin que tal trato diferenciado esté justificado en la existencia de una situación de urgencia que haga impostergable proferir una decisión, sino en la discusión atinente a la compatibilidad del señalado traslado con la naturaleza especial del medio de control de que trata el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011²³.

55. Desde luego, tal tratamiento diferenciado en cuanto a la garantía del derecho a la defensa no resulta acorde con el principio de igualdad, pues se deja a criterio del operador judicial, permitir o no al demandado controvertir las razones por las que se estima su designación debe ser suspendida (por ejemplo), aunque se insiste, no se está en la hipótesis de que trata el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, que implica analizar las circunstancias del caso a fin de establecer si existe o no una situación inminente, cierta, urgente e impostergable, que exige del juez un pronunciamiento en el menor tiempo posible para materializar la protección de los derechos en riesgo, lo que justifica que se restrinja de manera excepcional el derecho de contradicción, sino estamos frente a una discusión teórica, alrededor de la naturaleza del medio de control de nulidad electoral y su compatibilidad con el traslado de la medida cautelar, que podría zanjarse por vía de unificación.

56. La situación expuesta, lleva a la Sala en esta oportunidad, a unificar su posición, en el sentido de considerar que el traslado de la medida cautelar, de que trata el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sí es compatible con el proceso de nulidad electoral, así como la posibilidad de prescindir del mismo en los términos del artículo 234 del mismo estatuto, por las razones que a continuación se enuncian.

²³ Ejemplos constitutivos de dicha situación, pueden apreciarse en el auto del Tribunal de La Guajira cuya apelación ocupa a la Sala en esta oportunidad, y en las providencias analizadas por la Sección Quinta del Consejo de Estado a través de los autos del 2 de agosto de 2018, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 13001-23-33-000-2018-00394-01 y del 27 de septiembre de 2018, M.P. Rocío Araújo Oñate, Rad 73001-23-33-000-2018-00204-01.





(I) El artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, al conceder al demandado el término de 5 días para pronunciarse sobre la solicitud de la medida cautelar, materializa la protección del derecho a la defensa, cuyo ámbito de aplicación debe garantizarse **antes, durante y después** de la decisión correspondiente en toda clase de procedimientos, entre los que se encuentra el de nulidad electoral.

(II) El término de 5 días, es un plazo corto y razonable para que el demandado ejerza el derecho de contradicción, que en sí mismo no afecta la celeridad con la que deben decidirse las demandas interpuestas en ejercicio del medio de control de nulidad electoral.

(III) Resulta acorde con el principio democrático y los derechos a elegir y ser elegido, que constituyen pilares del ordenamiento jurídico y cuya aplicación es recurrente en los procesos de nulidad electoral, que se le permita al demandado ejercer el derecho de contradicción cuando se pretende por ejemplo, suspender los efectos de una decisión que constituye la manifestación de la voluntad del electorado y/o de las autoridades en ejercicio de sus funciones.

(IV) El ejercicio del derecho de contradicción a la hora de decidir respecto a la medida cautelar contra un acto de designación, le brinda al juez mayores elementos de juicio para adoptar una decisión acertada, que tenga en cuenta todos los derechos e intereses en conflicto, entre los que se encuentran los invocados por el elegido y las personas que representa.

(V) El traslado de la medida cautelar contenido en las normas del proceso ordinario, también contempló en el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, la alternativa de prescindir del mismo en situaciones de urgencia, en salvaguarda de los derechos que se encuentran en riesgo ante situaciones graves e inminentes que requieren decisiones impostergables por parte del juez, opción que podría tener lugar en los asuntos que se ventilan en el medio de control de nulidad electoral.

(VI) La aplicación del artículo 233 del CPACA en los términos descritos, no significa que deje de aplicarse el último inciso del artículo 277 del mismo estatuto, norma especial en materia de nulidad electoral, lo que significa que la solicitud de medida cautelar debe dictarse en (I) el auto admisorio de la demanda, (II) cuya competencia es del juez, la sala o sección (a diferencia de lo que ocurre en el proceso ordinario) y, (III) que contra la resolución de la referida petición procede recurso de reposición o apelación, según el caso.

(VII) La práctica reciente de la Sección Quinta del Consejo de Estado, revela que se ha optado como regla general, garantizar el derecho de contradicción del demandado antes de que se decida sobre la solicitud de medidas cautelares en los procesos de nulidad electoral, aplicando en lo pertinente (el término de 5 días de traslado) el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sin





perjuicio de la posibilidad de proferir la decisión correspondiente de plano y de manera justificada, en el evento de que trata el artículo 234 de la misma ley.

57. En los anteriores términos, resulta compatible la aplicación por remisión de los artículos 233 y 234 de la Ley 1437 de 2011, al proceso de nulidad electoral. Esto quiere decir, que por regla general al demandado debe correrse traslado por el termino de 5 días de la solicitud de medida cautelar, a fin de garantizar su derecho a la defensa, garantía de la cual solo puede prescindirse ante una situación de urgencia debidamente sustentada, que justifique que la referida petición se resuelva de plano.

58. Comoquiera que el anterior trámite fue establecido por el legislador, que es el competente para determinar cuál es procedimiento al que deben someterse las partes y el juez para la resolución de controversias en sede judicial, desde luego, respetando los parámetros mínimos constitucionales, **su pretermisión de manera injustificada tiene como consecuencia el desconocimiento del derecho al debido proceso.**

59. Sobre el contenido de este derecho, del cual hace parte el derecho a la defensa y cuya materialización en buena parte está a cargo del Congreso de la República, se destacan las siguientes consideraciones de la sentencia C-163 de 2019 de la Corte Constitucional:

*“11. El debido proceso constituye un conjunto de garantías destinadas a la protección del ciudadano vinculado o eventualmente sujeto a una actuación judicial o administrativa, **para que durante su trámite se respeten las formalidades propias de cada juicio. En consecuencia, implica para quien asume la dirección del procedimiento la obligación de observar, en todos sus actos, la plenitud de las formas previamente establecidas en la Ley o en los reglamentos. Esto, con el fin de preservar los derechos de quienes se encuentran incurso en una relación jurídica, en todos aquellos casos en que la actuación conduzca a la creación, modificación o extinción de un derecho o una obligación o a la imposición de una sanción**”²⁴.*

*Bajo la acepción anterior, **el debido proceso se resuelve en un desarrollo del principio de legalidad, en la medida en que representa un límite al poder del Estado. De esta manera, las autoridades estatales no pueden actuar a voluntad o arbitrariamente, sino únicamente dentro de las estrictas reglas procedimentales y de contenido sustancial definidas por la Ley***²⁵. La manera de adelantar las diferentes etapas de un trámite, de garantizar el derecho de defensa, de interponer los recursos y las acciones correspondientes, de cumplir el principio de publicidad, etc., **se encuentra debidamente prevista por el Legislador y con sujeción a ella deben proceder los jueces o los funcionarios administrativos correspondientes.**

*Desde otro punto de vista, **el debido proceso no solo delimita un cauce de actuación legislativo dirigido a las autoridades sino que también constituye un marco de estricto contenido prescriptivo, que sujeta la producción normativa del propio Legislador. En este sentido, al Congreso le compete diseñar los procedimientos en todas sus especificidades, pero no está habilitado para hacer***

²⁴ Sentencias T-073 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁵ Sentencia C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.





nugatorias las garantías que el Constituyente ha integrado a este principio constitucional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte²⁶, el debido proceso comporta al menos los derechos (i) a la jurisdicción, que a su vez conlleva las garantías a un acceso igualitario de los jueces, a obtener decisiones motivadas, a impugnar las decisiones ante autoridades de jerarquía superior y al cumplimiento de lo decidido en el fallo; (ii) al juez natural, identificado como el funcionario con capacidad legal para ejercer jurisdicción en determinado proceso o actuación, de acuerdo con la naturaleza de los hechos, la calidad de las personas y la división del trabajo establecida por la Constitución y la Ley; y (iii) **el derecho a la defensa**.

Del debido proceso también hacen parte, los derechos a (iv) **las garantías mínimas de presentación, controversia y valoración probatoria**²⁷; (v) a un proceso público, llevado a cabo en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas; (vi) y a la independencia e imparcialidad del juez. **Esto se hace efectivo cuando los servidores públicos a los cuales confía la Constitución la tarea de administrar justicia, ejercen funciones separadas de aquellas atribuidas al Ejecutivo y al Legislativo y la decisión se fundamenta en los hechos del caso y las normas jurídicas aplicables**²⁸ (Destacado fuera de texto).

60. En principio, las consideraciones que anteceden llevarían a la conclusión que con la providencia impugnada se incurrió en una irregularidad, porque el *A quo* no corrió traslado de la medida cautelar y no se advierte que haya dado cuenta de una situación de urgencia para prescindir de la referida garantía, empero, no puede perderse de vista que sólo hasta este momento la Sección de manera clara y expresa está precisando el alcance de su jurisprudencia, por lo que no sería razonable exigir la aplicación de la tesis unificada a una decisión dictada con anterioridad²⁹, en especial, cuando el Tribunal Administrativo de La Guajira fundamentó el auto impugnado en una postura interpretativa que existía en la Sala Electoral del Consejo de Estado, y toda vez que ante la disyuntiva entonces existente, se había optado por darle prevalencia al principio de autonomía e independencia judicial.

61. En ese entendido, el hecho de que no se le haya corrido traslado de la medida cautelar al señor Alibis Pinedo Alarcón, no constituye una circunstancia que dé lugar revocar la decisión que decretó la suspensión provisional de su elección como personero de Manaure, sin perjuicio de la aplicación a futuro de la tesis que se anuncia esta oportunidad.

2.4.3. Resolución del segundo problema jurídico

2.4.3.1 Antecedentes jurisprudenciales sobre las entidades que pueden apoyar el proceso de elección de personeros

²⁶ Ver sentencias C-980 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; C-341 de 2014. M.P. Mauricio González Cuervo y C-496 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁷ En la Sentencia C-496 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Corte expresó: “[a]un cuando el artículo 29 de la Constitución confiere al legislador la facultad de diseñar las reglas del debido proceso y, por consiguiente, la estructura probatoria de los procesos, dicha norma impone a aquél la necesidad de observar y regular ciertas garantías mínimas en materia probatoria...”.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-163 del 10 de abril de 2019, M.P. Diana Fajardo Rivera.

²⁹ Como lo ha precisado la Sección en otros casos en los que unifica su jurisprudencia, ver por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de abril de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 11101-03-28-000-2018-00074-00. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de noviembre de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, Rad. 76001-23-33-000-2019-01102-01.





62. Según lo expuesto en el acápite de antecedentes, la controversia principal gira en torno a establecer si la Federación Colombiana de Autoridades Locales (FEDECAL) y CREAMOS TALENTOS, pueden catalogarse como universidades, instituciones de educación superior o entidades especializadas en procesos de selección de personal, a efectos de intervenir en el concurso de méritos que finalizó con la expedición del acto de elección del personero de Manaure, y en caso negativo, si dicha circunstancia tiene la incidencia necesaria para suspender provisionalmente los efectos de la decisión cuya nulidad se pretende.

63. Esto teniendo como contexto, que a partir del artículo 35 de la Ley 1151 de 2012, la elección de personeros a cargo de los concejos municipales, debe realizarse previo concurso de méritos, y que la Corte Constitucional al verificar la validez de la anterior norma, mediante la sentencia C-105 de 2013³⁰, además de declarar inexecutable el apartado que establecía que el concurso debía adelantarse por la Procuraduría General de la Nación, por corresponder a un asunto de la competencia de los concejos³¹, precisó en los siguientes términos, que éstos podrían adelantarlos directamente o a través de un tercero contratado para el efecto:

*“debe tenerse en cuenta que la previsión legislativa en torno al concurso, y las condiciones que de la jurisprudencia constitucional se derivan para el mismo, no implican que estas corporaciones tengan que ejecutar e intervenir directa y materialmente en los concursos y en cada una de sus etapas, sino que estas entidades tienen la responsabilidad de dirigirlos y conducirlos. **Es decir deben trazar los lineamientos generales del procedimiento, pero pueden entregar su realización parcial a terceras instancias que cuenten con las herramientas humanas y técnicas para este efecto. Así por ejemplo, pueden realizar convenios con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para que sean éstos quienes materialicen estas directrices bajo su supervisión, tal como ha ocurrido con los concursos realizados por la ESAP.**” (Destacado fuera de texto).*

64. En desarrollo de la alternativa consistente en que los concejos municipales contaran con terceros para la realización de los concursos de méritos, se expidió el Decreto 2485 de 2014, hoy compilado en el Decreto 1083 de 2015, que en sus artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6, estableció de la siguiente manera qué clase de terceros podían prestar dicho apoyo:

“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.**

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-105 del 6 de marzo de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

³¹ Sobre el particular concluyó la Corte: “la realización del concurso por parte de la Procuraduría vacía de contenido las atribuciones constitucionales de los concejos, al transferir el acto decisivo y medular de la elección a un tercer órgano, en contravía con el sistema constitucional de distribución de competencias, que implica, además, una lesión de la autonomía de las entidades territoriales.”





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.” (El destacado es nuestro)

“**ARTÍCULO 2.2.27.6 Convenios interadministrativos.** Para la realización del concurso de personero, los concejos municipales de un mismo departamento que pertenezcan a la misma categoría, podrán celebrar convenios interadministrativos asociados o conjuntos **con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública**, para los siguientes propósitos:

1. La realización parcial de los concursos de personero, los cuales continuarán bajo su inmediata dirección, conducción y supervisión.
2. El diseño de pruebas para ser aplicadas simultáneamente en los distintos procesos de selección convocados por los municipios suscribientes.

En tales convenios, los concejos participantes unificarán los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, centralizando su evaluación en una única instancia.” (Destacado fuera de texto).

65. En aplicación de las anteriores preceptos, algunos concejos municipales han celebrado contratos para adelantar los concursos de méritos que finalizan con la elección del respectivo personero, cuya designación en sede de nulidad electoral se ha controvertido, bajo el argumento que las persona contratadas para apoyar el trámite concursal no podían catalogarse a la luz del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, como (I) universidades, (II) instituciones de educación superior públicas o privadas o (III) entidades especializadas en procesos de selección de personal, circunstancia que afectó la legalidad del acto electoral, en la medida que en el concurso intervino un tercero que no tiene la competencia e idoneidad que la norma superior establece.

66. Sobre dicha controversia, especial atención merece el fallo del 8 de junio de 2017 de la Sección Quinta del Consejo de Estado³², en el que se estableció como parámetro para identificar a una entidad especializada en procesos de selección personal, la revisión del objeto social, a fin de verificar si dentro del mismo está la realización, apoyo o gestión a los mentados procesos. Indicó la referida providencia:

“Así las cosas, haciendo una interpretación con efecto útil del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 la Sección entiende que una “entidad especializada en procesos de selección de personal” es aquella persona jurídica privada o pública, que tenga dentro de su objeto social la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal. Bajo esta perspectiva, y tal como lo hiciera el a quo, a efectos de determinar si CECCOT es o no una entidad especializada en procesos de selección del personal se procederá a examinar los estatutos de dicha fundación, especialmente en lo que atañe a su objeto.”

67. En aplicación de la regla transcrita, la Sección entró a analizar el objeto social de la fundación que fue contratada por el concejo municipal de Jamundí y

³² Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 8 de junio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 76001-23-33-000-2016-00233-01.





concluyó, que como del mismo no se advertía la realización de procesos de selección de personal, no podría catalogarse como una entidad especializada en la materia, aunado a que tampoco era una universidad o institución de educación superior, lo que revelaba que el concurso de méritos se realizó en desconocimiento del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, por lo que la elección del personero estaba viciada de nulidad.

68. En dicha controversia, el demandado pretendió argumentar que la fundación contratada para el concurso de méritos tenía experiencia suficiente en procesos de selección de personal, ante lo cual la Sección reiterando el parámetro de interpretación, según el cual lo relevante para establecer si una entidad es especialidad en la materia, es la revisión del objeto social, indicó:

“Es de anotar que el hecho de que dicha entidad haya adelantado otros concursos de méritos³³, de forma simultánea a la elección acusada, en **nada desvirtúa** el análisis hecho por la Sección respecto a que el objeto social de CECCOT no alude a la realización de procesos de selección de personal”.

69. Recientemente, esta Sección en auto del 8 de octubre de 2020³⁴, confirmó la providencia del Tribunal Administrativo del Tolima que suspendió los efectos de la elección del personero de Ibagué, al corroborar que la persona jurídica que fue contratada para adelantar el concurso de méritos por el concejo municipal, no podía incluirse en alguna de las alternativas que establece el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, para lo cual se aplicó la regla según la cual, para verificar si una entidad es especializadas en procesos de selección de personal, debe revisarse su objeto social, más que la experiencia que tenga en el campo.

70. En el auto del 8 de octubre de 2020, se explicó a partir de un pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado³⁵, que en asuntos como el de autos se ha hecho énfasis en la revisión del objeto social, comoquiera que está relacionado con la capacidad de la persona jurídica, y por consiguiente, con los actos y actividades para los cuales está habilitada, motivo por el cual reiteró, que para verificar si se tiene o no *“la calidad de ...entidad especializada en procesos de selección de personal”*, que exige el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, **debe acudirse a su objeto social y no al contenido de otros contratos o convenios ya celebrados con anterioridad** (destacado fuera de texto).

71. Finalmente, se observa que en dicha oportunidad la parte demandada quiso hacer valer un fallo del 7 de febrero de 2017 del Tribunal Administrativo de Boyacá³⁶, en el que se consideró a partir de la experiencia que tenía la entidad que fue contratada por la duma municipal para adelantar el concurso de méritos, que sí era especializada en la materia, ante lo cual la Sección Quinta del Consejo

³³ Especialmente: Se demostró que CECCOT adelantó el concurso de méritos del personero de: Sabanalarga (Antioquia) según consta en el folio 2 cuaderno N° 5; Restrepo (Valle) tal y como se observa en el folio 9 Cuaderno N° 5; y el de Trujillo (Valle)- folio 42 cuaderno N° 5.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de octubre de 2020, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2020-00081-01.

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “B”, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, Rad. 17001-23-31-000-2003-00896-01(37485),

³⁶ Tribunal Administrativo de Boyacá, fallo de 7 de febrero de 2017, Rad. 1523833332016005501, M.P. José Ascensión Fernández Osorio.





de Estado concluyó, que lo expuesto por el Tribunal “*contradice la tesis vigente según la cual la calidad de “...entidad especializada en procesos de selección de personal”, que exige el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, debe demostrarse a partir de su objeto social, lo que demuestra que dicho antecedente no resulta asimilable al presente asunto*”.

72. Las anteriores consideraciones fueron reiteradas por esta Sala de Decisión en auto del 19 de noviembre de 2020, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado 73001-23-33-000-2020-00327-01 (acumulado).

2.4.3.2. Análisis de los motivos de inconformidad

73. Siguiendo el precedente descrito, el A quo encontró mérito para suspender provisionalmente la elección acusada, en tanto de la revisión del objeto social, descrito en los certificados de existencia y representación de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, que no son universidades ni instituciones de educación superior y que fueron contratados por el concejo municipal de Manaure para adelantar el respectivo concurso de méritos³⁷, no se evidencia la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal, por lo que tampoco pueden considerarse entidades especializadas en el sector, razón por la cual *prima facie*, no ostentan alguna de las condiciones de que trata el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, lo que a su vez impide considerar, que la designación fue producto de un trámite con todas las garantías en aras de materializar el principio del mérito.

74. Frente al anterior razonamiento, el demandado en su recurso expuso varios argumentos, que se analizarán en su orden, de cara a establecer si la medida cautelar decretada debe confirmarse o revocarse:

(A) La existencia de conceptos de entidades administrativas, que avalan la suscripción de convenios para la realización de concursos de méritos

75. Afirmó el demandante, que la decisión controvertida “*obedece al desconocimiento que (se) tiene de la realidad procesal y de los conceptos emitidos por las entidades encargadas de estos asuntos, entiéndase: Colombia Compra; Departamento de la Función Pública y la Misma Procuraduría General de la Nación, quienes frente a estas entidades, ya han emitido su aval, o visto bueno respecto de la realización de convenios y concursos de méritos de personeros municipales*”.

76. Al revisar los conceptos que a juicio de la parte demandada respaldan la anterior afirmación, se estima que no contienen elementos de juicio que estén en oposición a la tesis que desarrolló el A quo, sobre la falta de idoneidad de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para adelantar concursos de méritos que

³⁷ Según se advierte del Convenio N° 001 del 30 de octubre de 2019, suscrito por el presidente del Concejo Municipal de Manaure, la entidad sin ánimo de lucro Federación Colombiana de Autoridades Locales (FEDECAL) y CREAMOS TALENTOS representada por la señora Ángela María Dueñas Gutiérrez, con el objeto de “ANUAR ESFUERZOS ADMINISTRATIVOS Y OPERATIVOS ENTRE EL CONCEJO MUNICIPAL DE MANAURE LA GUAJIRA, LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE AUTORIDADES LOCALES - FEDECAL Y CREAMOS TALENTOS, PARA EL ACOMPAÑAMIENTO, ASESORÍA Y APOYO EN EL PROCESO DE CONCURSO DE MÉRITOS PARA LA ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL DE MANAURE LA GUAJIRA, DE CONFORMIDAD CON LOS DECRETOS 2485 DE 2014 Y 1083 DE 2015.”, de acuerdo con la propuesta Anexa la cual hace parte integral del presente convenio para todos los efectos legales”.





tengan como fin la elección de personeros, en los términos del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 y la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

77. En efecto, la revisar el concepto 71661 del 7 de marzo de 2019 del Departamento Administrativo de la Función Pública, se observa que simplemente indicó que las universidades e instituciones de educación superior que pretendan prestar su colaboración para adelantar concursos de méritos, deben estar acreditadas para tal fin ante el Ministerio de Educación Nacional, y que respecto de las entidades especializadas en procesos de selección no hay una autoridad que acredite que son idóneas para tal efecto, por lo que en cada caso serán los concejos municipales los que verifiquen tal condición. Este postulado en nada se opone a la providencia controvertida, en tanto la misma no desconoce la competencia de las dumas municipales a la hora de tomar la decisión sobre las entidades con las que pueden contratar para adelantar los procesos de selección correspondiente, en tanto simplemente destacó que éstos deben adelantarse dentro de los parámetros legalmente establecidos, como el descrito en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 y la interpretación que ha hecho del mismo la Sección Quinta del Consejo de Estado, aspecto que por cierto, no fue abordado en detalle por el citado concepto.

78. Vale la pena precisar, que la competencia que tienen los concejos municipales en la materia, en modo alguno es ajena a un ejercicio dentro del marco legal y jurisprudencial, lo que significa que si optan por la alternativa de contar con el apoyo de una entidad especializada en procesos de selección, deben verificar que la misma reúna los requisitos para catalogarse como tal, como bien lo señala el citado concepto, dentro de los cuales conforme lo precisó el Tribunal Administrativo de La Guajira, se encuentra verificar que tengan dentro de su objeto social dicha actividad, conforme lo ha precisado la Sala Electoral del Consejo de Estado al interpretar el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.

79. Bajo ese entendido, no se advierte que el señalado concepto se oponga a la tesis que sostuvo el A quo, inclusive, podría considerarse complementario a la misma, al haber hecho énfasis en la competencia de tienen los concejos municipales para verificar la idoneidad de las entidades de las que esperan recibir apoyo en los concursos de méritos, facultad que en modo alguno es ajena a los límites y condiciones establecidos por el ordenamiento jurídico para su ejercicio.

80. En cuanto al concepto de Colombia Compra Eficiente que aportó el demandado³⁸, se tiene que versó sobre asuntos de contratación estatal en los que no fue objeto de análisis alguno los aspectos que desarrolló el juez de primera instancia para decretar la suspensión provisional. Además, no se evidencia en el escrito de apelación, algún argumento tendiente a establecer la relación que podría tener el pronunciamiento invocado con el caso de autos.

³⁸ Proferida en respuesta a la consulta N° 4201814000004968.





81. Efectivamente, el citado concepto se refiere a los siguientes interrogantes, que hacen referencia a la falta idoneidad de entidades como FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para adelantar concursos de méritos para elección de personeros, al no tener dentro de su objeto social la actividad atinente a la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal:

- ¿El Decreto 092 de 2017 es aplicable a un convenio de asociación celebrado luego de su entrada en vigor suscrito con un consorcio de empresas privadas y una sociedad por acciones simplificada (SAS) que no tiene el carácter de empresa sin ánimo de lucro? ¿cuál es la normatividad aplicable a estos convenios?
- ¿A los convenios de asociación celebrados con empresas privadas que no tienen el carácter de ESAL les son aplicables las causales de exclusión contempladas por el numeral 1 del artículo 2 o numeral 5 del artículo 2 del Decreto 777 de 1992?
- ¿Cuántas formas o modalidades de convenio de asociación existen? y ¿Qué normas les son aplicables?

82. La misma conclusión sobre la falta de pertinencia, se predica del oficio del 27 de octubre de 2015 de la Procuraduría Delegada para la Descentralización de las Entidades Territoriales, en el que simplemente se le indica a la Federación Nacional de Concejos de Colombia, que el Ministerio Público no efectuaría una labor de acompañamiento a la cadena de custodia de las pruebas a practicar para la elección de personeros, *“comoquiera que esta actividad es propia del ente que va a ejecutar la etapa o fase objetiva del concurso de méritos”*.

83. Frente a este oficio, tampoco el apelante expuso qué relación podrían tener frente a la providencia controvertida, en la medida que simplemente se trata de una negativa a una solicitud de acompañamiento que se efectuó ante la Procuraduría, que decidió respetar la competencia que tenía una entidad para celebrar un concurso de méritos en el que al parecer estaba interviniendo la Federación Nacional de Concejos de Colombia, circunstancias y consideraciones que en sí mismas tampoco se advierte de qué manera se oponen a la tesis defendida por el A quo, sobre la falta de idoneidad de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS en los términos descritos.

84. En suma, la parte apelante no expone con claridad ni se evidencia, de qué manera la providencia controvertida es contraria a los conceptos que se traen a colación, es más, no se observa con claridad cuál es la relación directa de los mismos con el caso de autos. Inclusive, aún bajo la hipótesis de que fueran contrarios a la tesis del Tribunal Administrativo de La Guajira, no puede perderse de vista que son no vinculantes para éste, pues se trata del criterio de entidades administrativas que no son superiores funcionales de la autoridad judicial, que por contrario, tuvo en cuenta el precedente del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.





(B) En el presente caso, el elegido acreditó el requisito esencial para la elección del personero, ser abogado titulado

85. Sobre este motivo de inconformidad basta señalar, que la condición de abogado del demandado no fue objeto de revisión por el juez de primera instancia, y por ende, tampoco consistió un asunto sobre el que versara la procedencia de la medida cautelar, en tanto el análisis giró en torno a la falta de idoneidad de FEDECAL y CREAMOS TALENTOS para intervenir en el concurso de méritos, presunta irregularidad que no puede subsanarse por el hecho de que el señor Alibis Pinedo sea profesional del derecho, de allí que la presentación de este argumento resulta impertinente respecto a la razón que se invocó para dictar el auto que decretó la suspensión provisional.

86. Añádase a lo expuesto, que el requisito de ser abogado titulado previsto en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, según la misma disposición no es la única exigencia para ser elegido personero, pues para tal efecto también se requiere como resultado de un concurso de méritos, acreditar que entre los aspirantes se es la persona más apta para desempeñar dicha responsabilidad, condición que se cuestiona en el proceso de la referencia, como consecuencia de la presunta falta idoneidad de las entidades que fueron contratadas para adelantar el trámite concursal.

(C) Los concejos municipales son los responsables de los concursos de méritos, por lo que es un equívoco señalar en el caso de autos, que una entidad no idónea estuvo a cargo del proceso de elección

87. Resaltó que de conformidad con el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 y el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, los concejos municipales tienen la potestad de adelantar el concurso de méritos para la elección del personero a través de universidades, instituciones de educación superior o entidades especializadas en procesos de selección de personal, pero ello no implica que las corporaciones públicas de elección popular estén obligadas a acudir para tal efecto a dichos terceros, pues también podrían adelantar aquéllos directamente como lo ha precisado el Consejo de Estado³⁹, razón por la cual afirmó, *“erran los Honorables Procuradores al señalar en su acápite de la demanda que “el concurso no lo adelantó una entidad idónea”, teniendo en cuenta que El (sic) Concejo Municipal de Manaure La Guajira, tuvo y tiene una facultad que constitucional, legal y jurisprudencialmente le ha sido otorgada para adelantar el concurso”*.

88. En primer lugar, debe destacarse que el anterior motivo de inconformidad no está dirigido contra la providencia que decretó la suspensión provisional, sino frente a una supuesta afirmación que hizo la parte demandante en su libelo genitor, cuya validez en estricto sentido, no corresponde analizar en sede de apelación contra el auto que accedió a la medida cautelar.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubiano sentencia dictada dentro del proceso 25000-2341-000-2016-00404-01.





89. En segundo lugar, vale la pena aclarar, que de la lectura de la providencia controvertida, que es el pronunciamiento objeto de revisión en esta oportunidad, no se advierte alguna afirmación tendiente a desconocer la competencia que tienen los concejos municipales de adelantar directamente los concursos de méritos para la elección de personeros, o la responsabilidad que les asiste a los mismos cuando para llevar a cabo aquél contratan a un tercero, como ocurrió en el caso de autos, por el contrario, el Tribunal Administrativo de La Guajira partiendo de la responsabilidad que le asiste al Concejo de Manaure, reprochó que hubiere contratado a entidades que de acuerdo con el criterio jurisprudencial de la Sección Quinta del Consejo de Estado, supuestamente no son especializadas en selección de personal, y por ende, no hizo uso adecuado de la alternativa que le concede el ordenamiento jurídico en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, para cumplir con la obligación que le asiste de elegir un personero como resultado de un proceso objetivo, consagrada en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

90. Por lo tanto, tampoco se considera que las afirmaciones realizadas en el auto del 12 de marzo de 2020, sean contrarias a las normas antes señaladas, a partir de la exposición que hizo la parte demandada.

(D) FEDECAL y CREAMOS TALENTOS tienen experiencia suficiente en materia de concursos de méritos

91. Argumentó que el Concejo Municipal de Manaure suscribió con FEDECAL y CREAMOS TALENTOS el Convenio N° 001 de 2019, en atención a que tiene *“experiencia en más de sesenta (60) asesorías brindadas a procesos meritocráticos de selección de personal a lo largo y ancho del territorio nacional”*, por lo que *“cuentan con la suficiente idoneidad y probidad en la materia, dada su experiencia adquirida a lo largo de los años, la cual denota rectitud y transparencia, lo que ha generado la confianza en los diferentes Concejos Municipales, que han acudido a sus servicios para el desarrollo de este tipo d convocatorias”*.

92. En este punto se reitera, conforme a los antecedentes jurisprudenciales de esta Sala, descritos en el numeral 2.4.3.1 de la presente providencia, que para verificar si se tiene o no *“la calidad de “...entidad especializada en procesos de selección de personal”, que exige el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, debe acudirse a su objeto social y no al contenido de otros contratos o convenios ya celebrados con anterioridad”*⁴⁰, por lo que el hecho de que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS hayan adelantado numerosos concursos de méritos, *“en nada desvirtúa el análisis hecho por la Sección respecto a que el objeto social”*⁴¹ es el aspecto determinante para precisar si se es o no una entidad especializada en procesos de selección de personal, en el marco de la norma antes señalada.

93. Así las cosas, a instancia del proceso y siguiendo en el antecedente en la materia, lo relevante es la revisión que se haga del objeto de social de las anteriores entidades, a fin de precisar si tienen o no la capacidad jurídica para

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de octubre de 2020, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2020-00081-01.

⁴¹ Consejo de Estado, Sección Quinta, fallo del 8 de junio de 2017, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Rad. 76001-23-33-000-2016-00233-01.





realizar, apoyar o gestionar procesos de selección de personal, más que de las actividades que sobre el particular hayan adelantado en el pasado, como lo propone el recurrente.

(E) El Tribunal Administrativo de Boyacá, con fundamento en la experiencia, ha considerado que entidades como FEDECAL y CREAMOS TALENTOS, son especializadas en procesos de selección

94. En ese orden de ideas, tampoco es de recibo el pronunciamiento del 9 de octubre de 2018 del Tribunal Administrativo de Boyacá⁴², que a partir de la experiencia adquirida por la Federación Nacional de Concejos (FENACON) y CREAMOS TALENTOS en concursos de méritos, estimó que eran entidades especializadas bajo la óptica del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, pues dicho criterio interpretativo, **que no hace énfasis en la importancia del análisis del objeto social**, no corresponde al del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que fue el que acogió el A quo en el proceso de la referencia, motivo por el cual la providencia invocada no constituye razón suficiente para que en esta etapa de la controversia se revalide la tesis desarrollada alrededor del entendimiento del anterior precepto⁴³, por el contrario, se observa que en principio, en aplicación de la misma, se accedió a la medida cautelar.

(F) FEDECAL y CREAMOS TALENTOS sí tienen capacidad para adelantar procesos de selección de personal

95. De otra parte, argumentó la parte demandada que FEDECAL en el numeral 9° del artículo 3 de sus estatutos, que se encuentran vigentes y fueron inscritos bajo el N° S0049161 del 21 de septiembre de 2015 ante la Cámara de Comercio de Bogotá, contempla como uno de sus fines, *“llevar a cabo procesos de selección de personal que quiera vincularse al sector público o privado, ya sea por medio de concursos públicos, abiertos o cerrados, de méritos, u otros, que solicite la entidad o institución pública o privada a la Federación o que ésta presente como propuesta o participar en cualquier etapa del mismo”*.

96. A fin de corroborar la anterior afirmación, se procedió a revisar el objeto social de FEDECAL, según el certificado de existencia y representación del 9 de octubre de 2019, aportado al presente trámite, el cual en el apartado correspondiente reza:

“ARTÍCULO 2. OBJETO: LA FEDERACIÓN COLOMBIANA DE AUTORIDADES LOCALES Y SU SIGLA SERÁ FEDECAL SE PROPONE, ADICIONALMENTE A LOS FINES CONTEMPLADOS EN EL ARTÍCULO TERCERO DE LOS PRESENTES ESTATUTOS, ALCANZAR ENTRE OTROS LOS SIGUIENTES OBJETIVOS: A. EL DISEÑO, PROMOCIÓN, GESTIÓN, DESARROLLO Y EJECUCIÓN DE PLANES, PROGRAMAS, PROYECTOS, PROPUESTAS E INICIATIVAS DE PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS, NACIONALES O EXTRANJERAS QUE TENGAN COMO PROPÓSITO EL DESARROLLO DE LAS COMUNIDADES Y DE LOS ENTES LOCALES. B. OFRECER SERVICIOS DE CONSULTORÍA, ASESORÍA, CAPACITACIÓN, DERECHOS HUMANOS Y

⁴² Tribunal Administrativo de Boyacá, fallo de 9 de octubre de 2018, Rad. 2018-00136, M.P. Fabio Iván Afanador García

⁴³ Como en anterioridad oportunidad lo precisó esta Sala, frente a la tesis que viene sosteniendo el Tribunal Administrativo de Boyacá. Ver: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de octubre de 2020, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad. 73001-23-33-000-2020-00081-01.





GESTIÓN DE PROYECTOS A TODAS LAS PERSONAS QUE LIBRE Y AUTÓNOMAMENTE DECIDAN HACER PARTE DE LA FEDERACIÓN O QUE POR CONVENIO SE INTEGREN A NUESTROS OBJETIVOS O FINES, ACOGIENDO LOS PRESENTES ESTATUTOS, ASÍ COMO A AUTORIDADES U ORGANISMOS DEL ORDEN NACIONAL E INTERNACIONAL QUE REQUIERAN DE NUESTRO COMPROMISO Y APOYO. C. DESARROLLAR PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN EN TODAS LAS ÁREAS DEL SABER QUE CONTRIBUYAN A LA CALIDAD Y MEJORAMIENTO CONTINUO DEL PROCESO DE FORMACIÓN, DESARROLLO Y BIENESTAR SOCIAL DE LOS LÍDERES, ORGANISMOS O ENTIDADES LOCALES PÚBLICAS O PRIVADAS Y LAS COMUNIDADES QUE REPRESENTAN. D. DESARROLLAR PROGRAMAS DE ASISTENCIA EN SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, ASISTENCIA LEGAL Y EDUCACIÓN FORMAL O NO FORMAL, AL TENOR DE LA NORMATIVIDAD NACIONAL. E. CONSTITUIRSE EN CENTRO DE REFLEXIÓN, PENSAMIENTO, ESTUDIO Y GENERACIÓN DE ALTERNATIVAS DE SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS NACIONALES Y LOCALES EN SUS DIFERENTES ÁMBITOS GEOGRÁFICOS, ASÍ COMO DE LA AFIRMACIÓN DE LOS VALORES SOCIALES Y DEMOCRÁTICOS DE PEDAGOGÍA CONSTITUCIONAL. F. LIDERAR ESFUERZOS COLECTIVOS Y PROPICIAR LA UNIÓN Y ARTICULACIÓN DE MÚLTIPLES ACTORES PÚBLICOS Y PRIVADOS CONTRIBUYENDO SIGNIFICATIVAMENTE A LA LUCHA CONTRA LA POBREZA EXTREMA, AL DESARROLLO SOCIAL Y ECONÓMICO SOSTENIBLE, A LA SOSTENIBILIDAD AMBIENTAL, A LA EDUCACIÓN, LA SALUD Y A LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN. G. AGREMIAR, ORGANIZAR Y REPRESENTAR LOS INTERESES DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS LOCALES, DE LOS LÍDERES, DEFINIDOS COMO AQUELLAS PERSONAS QUE TRABAJAN DESDE LOS DISTINTOS CAMPOS DEL SABER EN LO SOCIAL, LO POLÍTICO, LO ECONÓMICO, LO CULTURAL, LO DEPORTIVO Y LO AMBIENTAL REPRESENTANDO UNA COMUNIDAD O SECTOR. H. ESTAR A LA VANGUARDIA EN LA GENERACIÓN DE CONOCIMIENTOS Y HERRAMIENTAS PRÁCTICAS QUE AGREGUEN VALOR AL DESARROLLO TERRITORIAL. **DESARROLLO DEL OBJETO:** EN DESARROLLO DEL **OBJETO Y DE LOS FINES** SEÑALADOS EN LOS PRESENTES ESTATUTOS, FEDECAL, **PODRÁ EJECUTAR TODOS LOS ACTOS Y CELEBRAR TODOS LOS CONTRATOS Y/O CONVENIOS QUE GUARDEN RELACIÓN DE MEDIO A FIN CON EL OBJETO Y FINES EXPRESADOS ANTERIORMENTE**, Y TODOS AQUELLOS QUE TENGAN COMO FINALIDAD EJERCER LOS DERECHOS Y CUMPLIR LAS OBLIGACIONES LEGALES O CONVENCIONALES DERIVADAS DE SU EXISTENCIA Y DE LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS POR LA FEDERACIÓN. EN CONSECUENCIA PODRÁ: **A. CELEBRAR Y EJECUTAR TODA CLASE DE ACTOS, CONTRATOS, CONVENIOS** Y ACUERDOS CON PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS, NACIONALES O EXTRANJERAS, PÚBLICAS, MIXTAS O PRIVADAS QUE SEAN NECESARIOS Y CONDUCENTES PARA EL CABAL DESARROLLO DE SU **OBJETO Y FINES**. B. ADQUIRIR TODOS LOS ACTIVOS FIJOS DE CARÁCTER MUEBLE O INMUEBLE QUE SEAN NECESARIOS PARA EL DESARROLLO DE **SU OBJETO Y FINES**; GRAVAR O LIMITAR EL DOMINIO DE SUS ACTIVOS FIJOS, SEAN MUEBLES O INMUEBLES, Y ENAJENARLOS CUANDO POR RAZONES DE NECESIDAD O CONVENIENCIA FUERE ACONSEJABLE SU DISPOSICIÓN. C. TRAMITAR Y OBTENER RECURSOS PROVENIENTES DE MÚLTIPLES FUENTES, INCLUIDOS LOS DERIVADOS DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL, PARA SER DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DE LAS ACTIVIDADES, PLANES, PROGRAMAS, Y PROYECTOS QUE CONSTITUYEN EL OBJETO DE FEDECAL. D. CELEBRAR CONVENIOS CON INSTITUCIONES, NACIONALES E INTERNACIONALES, PÚBLICAS O PRIVADAS, CON EL PROPÓSITO DE OBTENER RECURSOS Y APOYO PARA LA FORMACIÓN DE RECURSOS HUMANOS O LA EJECUCIÓN DE ACTIVIDADES, PLANES, PROGRAMAS Y PROYECTOS DE FEDECAL. E. PROMOVER O ASOCIARSE CON OTRAS ENTIDADES QUE PERSIGAN FINES SIMILARES, SIN QUE SE COMPROMETA CON ELLO LA ESTABILIDAD ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE FEDECAL. F. EJECUTAR TODOS LOS ACTOS NECESARIOS PARA SU PROPIA ADMINISTRACIÓN (...)"'. (Destacado y subrayado fuera de texto).





97. Una primera lectura de la anterior transcripción, conduciría a la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo de La Guajira, pues no se advierte alguna actividad que claramente se relacione con la realización, apoyo o gestión a procesos de selección de personal, como para considerar que FEDECAL es una persona especializada en la materia, de conformidad con el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 y la interpretación que ha hecho del mismo la Sala Electoral del Consejo de Estado.

98. Sin embargo, al leer con detenimiento la transcripción que se hizo del objeto social del FEDECAL en el certificado de existencia y representación, se observa que de manera recurrente se hace referencia a los fines que tiene dicha persona jurídica, **contenidos en el artículo tercero de sus estatutos**. Inclusive, se comienza por indicar que las actividades allí descritas, que son parte del objeto social, previstas en el artículo 2° de los estatutos, son **adicionales** a las contempladas como **sus fines**, respecto de los cuales expresamente se señala que para alcanzarlos se cuenta con capacidad de contratación.

99. Esto significa, que para tener una comprensión plena de qué hace parte del objeto social de FEDECAL, debe consultarse sus estatutos, particularmente en lo atinente a sus fines. En tal sentido, se evidencia que en el numeral 9° del artículo 3° de aquéllos lo siguiente:

"ARTICULO 3. FINES. *Constituyen los fines de FEDECAL:*

(...)

"9. Llevar a cabo procesos de selección de personal que quiera vincularse al sector público o privado, ya sea por medio de concursos públicos, abiertos o cerrados, de méritos, u otros, que solicite la entidad o institución pública o privada a la Federación o que ésta presente como propuesta o participar en cualquier etapa del mismo.- Para tal efecto la Federación podrá certificarse o acreditarse para tal fin."

100. Así las cosas, la actividad consistente en llevar a cabo procesos de selección de personal mediante concursos públicos, sí hace parte de los fines de FEDECAL, actividad que según el artículo 2° de los mismos estatutos, también hace parte de su objeto social, teniendo en cuenta que este último precepto reza:

"ARTÍCULO 2. OBJETO: La FEDERACIÓN COLOMBIANA DE AUTORIDADES LOCALES y su sigla será FEDECAL se propone, adicionalmente a los fines contemplados en el Artículo Tercero de los presentes estatutos, alcanzar entre otros los siguientes objetivos: (...)" (el subrayado es nuestro).

101. Quiere decir lo anterior, que el juez de primera instancia se limitó a analizar la transcripción del objeto social contenida en el certificado de existencia y representación de FEDECAL, sin advertir que ésta en varias oportunidades remitía a los fines que estableció la federación en sus estatutos, lo que implicaba en rigor, la revisión de los mismos, en especial, cuando dicho certificado sobre el particular, simplemente reproduce lo que dice la normatividad interna de la persona jurídica.

102. En suma, una lectura conjunta del certificado de existencia y representación y de los estatutos de FEDECAL, permiten predicar en esta instancia preliminar, que





esta persona jurídica sí contempló dentro de su objeto social la realización de procesos de selección de personal, y por consiguiente, que prima facie sí es una entidad especializada en dicho campo de acción de conformidad con el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, contrario a lo señalado por el A quo en la providencia controvertida.

103. Sin embargo, la anterior conclusión no es suficiente para revocar la providencia que decretó la suspensión provisional del acto de elección, comoquiera que de la revisión del convenio de asociación N° 001 del 30 de octubre de 2019, se evidencia que FEDECAL y CREAMOS TALENTOS asumieron de manera conjunta, todas y cada una de las obligaciones relacionadas con el acompañamiento, asesoría y apoyó al concejo Manaure en la realización del concurso de méritos para la elección del personero de la entidad territorial, por consiguiente, fueron ambos los que intervinieron a solicitud de la дума municipal en el trámite correspondiente, y por ende, de los 2 debe estar acreditada su condición de personas especializadas en selección de personal. Esto implica que también verificarse si CREAMOS TALENTOS es una de las entidades de que trata el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.

104. Sobre el particular, al revisar el certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá del 14 de junio de 2019, lo primero que llama la atención, como lo subrayó el Tribunal Administrativo de La Guajira, es que CREAMOS TALENTOS no es una persona jurídica, sino un establecimiento de comercio cuyo propietario es Ángela María Dueñas Gutiérrez, quien suscribió el referido convenio de asociación. Además, se tiene según el citado certificado, que registra como actividades económicas: “7220 INVESTIGACIONES Y DESARROLLO EXPERIMENTAL EN EL CAMPO DE LAS CIENCIAS SOCIALES Y LAS HUMANIDADES. 7020 ACTIVIDADES DE CONSULTORÍA DE GESTIÓN. 7830 OTRAS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO DE RECURSO HUMANO. 7490 OTRAS ACTIVIDADES PROFESIONALES, CIENTÍFICAS Y TÉCNICAS N.C.P.”.

105. El hecho que CREAMOS TALENTOS sea un establecimiento de comercio, significa que de conformidad con el artículo 515 del Código de Comercio, que es “un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”, los cuales pueden pertenecer a una o varias personas, para destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales.

106. A luz de la anterior definición legal de establecimiento de comercio, salta a la vista que CREAMOS TALENTOS no es una universidad, una institución de educación superior pública o privada, ni una entidad especializada en procesos de selección de personal, sino simplemente, un conjunto de bienes que fue organizado por su empresario, en este caso, la señora Ángela María Dueñas Gutiérrez, para el desarrollo de las actividades comerciales arriba señaladas, de las cuales por cierto, prima facie tampoco se advierte con claridad la realización, apoyo o gestión de procesos de selección de personal.

107. Y es que al revisar el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, no se avizora que los concejos municipales puedan recurrir a establecimientos de





comercio para el desarrollo de los concursos de méritos, conclusión que tampoco se desprende de la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional, que abrió la posibilidad de que dichas corporaciones de elección popular contaran con el apoyo de terceros para desarrollar los procesos de elección.

108. Bajo ese entendido, se estima que en principio le asiste razón al juez de primera instancia al considerar que la intervención de CREAMOS TALENTOS no se acompasa al mandato contenido en la norma antes señalada, lo que compromete la legalidad del trámite de elección del personero de Manaure y justificaría la suspensión provisional del acto acusado.

109. En efecto, aunque del análisis que antecede prima facie se advierte que uno de los terceros a los que recurrió el Concejo de Manaure sería una entidad especializada en procesos de selección de personal y el otro no, se recuerda que la corporación de elección popular contrató tanto a FEDECAL como a CREAMOS TALENTOS, en igualdad de condiciones, para que lo acompañara, asesoraran y apoyaran en el desarrollo del concurso de méritos para la elección del personero, adquiriendo las siguientes obligaciones:

“CLÁUSULA SEGUNDA. DERECHOS, DEBERES Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES: 1. FEDERACIÓN Y CREAMOS TALENTOS: *La Federación y Creamos Talentos, tendrán las siguientes obligaciones. 1) Brindar acompañamiento, asesoría y apoyo a la gestión a los Concejales del municipio de Manaure La Guajira, para la elección del Personero, de acuerdo con los estándares definidos en la Ley 1551 de 2012 y sus Decretos Reglamentario 2485 de 2014 y 1083 de 2015, frente al Concurso Público y Abierto de Méritos. 2) Asesorar a los Concejales en el procedimiento para llevar a cabo el Concurso Público y Abierto de Méritos que debe adelantar el Concejo Municipal para elegir al Personero. 3) Brindar herramientas de Reglamentación y Convocatoria fijando los criterios mínimos para su elección, de conformidad con las competencias que le son propias al Concejo y sus integrantes. 4) Articular siempre el actuar de FEDECAL, CREAMOS TALENTO y del CONCEJO con las directrices impartidas por el Departamento Administrativo de la Función Pública DAFP y la Procuraduría General de la Nación, para llevar a cabo el Procedimiento de Elección de Personeros Municipales obteniendo de esta forma una Seguridad Jurídica. 5) Ejecutar en su totalidad el objeto del presente convenio bajo su entera responsabilidad y dirección de acuerdo con las normas que rigen a las organizaciones privadas sin ánimo de lucro y a lo establecido en el derecho privado. 6) Garantizar los profesionales necesarios para asesorar en los temas referidos cuando a ello hubiere lugar. 7) Mantener indemne al Concejo Municipal de Manaure La Guajira, por sus actuaciones o aquellas derivadas de sus empleados o contratistas. 8) Acreditar estar al día con los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales si a ello hay lugar. 9) Presentar las garantías solicitadas por el Concejo si a ello hubiere lugar”.*

110. En ese orden de ideas, a partir de la obligaciones contractuales, resulta válido predicar que la intervención de CREAMOS TALENTOS, un establecimiento de comercio, resultaba relevante en el trámite de la elección, por lo que el hecho de que no reúna alguna de las calidades de que trata el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, pone en entredicho la legalidad del trámite adelantado y su resultado, lo que justificaría la suspensión provisional de la elección controvertida, sin que dicha situación por sí sola puede entenderse subsanada, por el hecho de que el otro tercero, FEDECAL, sí pueda catalogarse como entidad especializada en selección de personal.





111. Consciente de esta situación, el demandado en su impugnación argumentó, que el Decreto 1083 de 2015 establece que los mencionados concursos de méritos podrán ser adelantados con instituciones de educación superior o con “entes” especializados en selección de personal, por lo que la normatividad pertinente no establece como obligatorio ostentar la calidad de persona jurídica o natural, dejando abiertas otras posibilidades de intervención, al parecer, para justificar la participación del establecimiento de comercio CREAMOS TALENTOS.

112. Sin perjuicio de la interpretación que se realice de la anterior precepto al momento de dictar el fallo, resulta necesario destacar que aquél no contiene la expresión “ente”, para referirse a los terceros a los que pueden acudir los concejos municipales para desarrollar los concursos de méritos, sino a universidades, instituciones de educación superior públicas o privadas o entidades especializadas en procesos de selección de personal, esto es, **personas jurídicas** que tienen la capacidad suficiente para apoyarlos en el proceso de elección del personero municipal, sin que se encuentre la posibilidad de recurrir para tan importante labor, de la que dependerá la designación de un funcionario que tiene como labor principal intervenir en la defensa de los derechos fundamentales de los habitantes de determinado territorio, a “*un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa*”, esto es, a un establecimiento de comercio, categoría que no se desprende del tenor literal del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 y normas concordantes, como el artículo 2.2.27.6 del mismo estatuto.

113. En consonancia con lo anterior, se recuerda que el inciso 1° del artículo 96 de la Ley 489 de 1998⁴⁴, a propósito de los convenios de asociación que pueden celebrar las entidades públicas para el cumplimiento de sus funciones, establece como una de las condiciones, que la contraparte sea una **persona jurídica**, lo que impide aceptar la alternativa del demandado respecto a la intervención del establecimiento de comercio CREAMOS TALENTOS, o incluso, de su propietario, que en este caso es una persona natural, hecho que refuerza la tesis desarrollada alrededor del desconocimiento del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.

2.4.3.3. Conclusión

114. De lo acreditado en esta etapa del trámite judicial y de conformidad con la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado y los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015, CREAMOS TALENTOS no puede catalogarse como universidad, institución de educación superior o entidad especializada en procesos de selección de personal, lo que constituye una circunstancia relevante que afecta el trámite de expedición de la elección acusada y tiene la incidencia necesaria para suspender provisionalmente los efectos de la

⁴⁴ “ARTICULO 96. CONSTITUCION DE ASOCIACIONES Y FUNDACIONES PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS ACTIVIDADES PROPIAS DE LAS ENTIDADES PUBLICAS CON PARTICIPACION DE PARTICULARES. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observancia de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con **personas jurídicas** particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de **personas jurídicas**, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley” (El destacado es nuestro).





designación, comoquiera que en la implementación y desarrollo del concurso de méritos, intervino un establecimiento de comercio que de conformidad con la norma superior, carece de la vocación y competencia que para el efecto se requiere, lo que pone entredicho el carácter objetivo, imparcial y meritocrático que debe caracterizar la elección de los personeros municipales, como lo dispuso el Tribunal Administrativo de La Guajira, con las precisiones efectuadas en esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

III. RESUELVE:

PRIMERO: UNIFICAR la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el sentido de considerar que el traslado de la medida cautelar, de que trata el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sí es compatible con el proceso de nulidad electoral, así como la posibilidad de prescindir del mismo en los términos del artículo 234 del mismo estatuto, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR el numeral segundo de la parte resolutive del auto de 12 de marzo de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo de La Guajira suspendió provisionalmente el acto elección del señor Alibis Pinedo Alarcón, como personero de Manaure (La Guajira), por las razones expuestas en esta decisión.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal Administrativo de La Guajira para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada





CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado
(Salvamento parcial de voto)

UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL – La regla creada exige a los jueces que justifiquen las razones por las que deciden no correr traslado de la medida cautelar / MEDIDA CAUTELAR – La valoración de la urgencia de la medida sí es una potestad discrecional / UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL – Ausencia de consecuencia clara frente a su incumplimiento

[A]unque comparto la decisión adoptada por la Sala de confirmar el numeral segundo de la parte resolutive del auto de 12 de marzo de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo de La Guajira suspendió provisionalmente el acto elección del señor Alibis Pinedo Alarcón, como personero de Manaure (La Guajira), por las razones expuestas en esa decisión, salvo mi voto en relación con el numeral primero consistente en unificar la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el sentido de considerar que el traslado de la medida cautelar de que trata el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sí es compatible con el proceso de nulidad electoral, así como la posibilidad de prescindir del mismo en los términos del artículo 234 del mismo estatuto, puesto que se creó la siguiente regla: “al demandado debe correrse traslado por el termino de 5 días de la solicitud de medida cautelar, a fin de garantizar su derecho a la defensa, garantía de la cual solo puede prescindirse ante una situación de urgencia debidamente sustentada, que justifique que la referida petición se resuelva de plano.”. (...). Me aparto de tal regla por las siguientes razones: El inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, norma especial en materia electoral (...) no consagra expresamente el traslado previo de la medida cautelar, como sí lo hace el artículo 233 ibídem, para el proceso general. Entonces, si bien considero que la práctica que lleva a cabo la Sección Quinta de correr el traslado previo garantiza el derecho de defensa, lo cierto es que como lo dice el auto del que me aparto, es una práctica que se realiza como consecuencia de la potestad discrecional de cada juez, según las circunstancias particulares del caso. De otra parte, en la providencia se dice que la urgencia más que una potestad discrecional, es un concepto jurídico indeterminado que se relaciona con la decisión del juez que se encuentra en circunstancias excepcionales del proceso, razón por la que debe explicar y motivar las razones por las cuales decide no correr traslado. No obstante, en los términos del artículo 234 ibídem, la valoración de la urgencia sí es una potestad discrecional, por lo que al crear esa regla se está exigiendo a los jueces y magistrados que justifiquen las razones por las que deciden no correr el traslado en el caso concreto, exigencia de la que me aparto, puesto que no está consagrada en la norma. Finalmente, debo decir que la finalidad de unificar jurisprudencia es que los jueces y magistrados adopten esa regla en sus providencias, sin embargo, no se da una consecuencia clara frente a su incumplimiento. (...). De manera que se está creando una regla de obligatorio cumplimiento sin una consecuencia clara, situación que genera aún mayor confusión, puesto que no se sabe con certeza cuáles serían las posibles repercusiones frente a la ausencia de justificación de no correr el traslado previo. (...). Así pues, como se trata de una irregularidad procesal no consagrada expresamente como causal de nulidad, se concluye que cuando se configure deberá ser alegada para su subsanación mediante el recurso procedente. (...). En ese orden, el superior funcional o el resto de los miembros de la Sala, según el





caso, deberán resolver el recurso interpuesto solo bajo el argumento de que el juez de instancia omitió expresar las razones por las cuales no corrió el traslado de la medida cautelar solicitada con la demanda. Ante ese escenario, el juez o los demás integrantes de la Sala tendrían dos caminos: i) decretar la nulidad y ordenar que se subsane la irregularidad y que se proceda a correr el traslado, lo que genera una dilación innecesaria que no se acompasa con el trámite celeré del proceso de nulidad electoral, o ii) revocar la providencia recurrida. Me aparto de ambas consecuencias, puesto que esa omisión, en mi sentir, no da lugar a decretar una nulidad y dilatar el proceso, así como tampoco puede llevar a que se revoque la providencia de primera instancia, pues es una consecuencia demasiado gravosa, bajo la premisa de que, reitero, no hay una norma que exija tal traslado.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 233 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 234 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 44001-23-33-000-2020-00022-01

Actor: PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Demandado: ALIBIS PINEDO ALARCÓN - PERSONERO DE MANAURE (LA GUAJIRA), PERIODO 2020-2024

Referencia: NULIDAD ELECTORAL.

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de confirmar el numeral segundo de la parte resolutive del auto de 12 de marzo de 2020, por medio del cual el Tribunal Administrativo de La Guajira suspendió provisionalmente el acto elección del señor Alibis Pinedo Alarcón, como personero de Manaure (La Guajira), por las razones expuestas en esa decisión, salvo mi voto en relación con el numeral primero consistente en **unificar** la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el sentido de considerar que el traslado de la medida cautelar de que trata el artículo 233 de la Ley 1437 de 2011, sí es compatible con el proceso de nulidad electoral, así como la posibilidad de prescindir del mismo en los términos del artículo 234 del mismo estatuto, puesto que se creó la siguiente regla: *“al demandado debe corrersele traslado por el termino de 5 días de la solicitud de medida cautelar, a fin de garantizar su*





derecho a la defensa, garantía de la cual solo puede prescindirse ante una situación de urgencia debidamente sustentada, que justifique que la referida petición se resuelva de plano.”

En la providencia se hace un estudio juicioso sobre las diferentes posiciones que ha tenido la Sección Quinta en relación con el hecho de si se puede o no, correr traslado previo de la medida cautelar, y se dice que desde hace un tiempo se viene adoptando una práctica generalizada de correr traslado, salvo que se esté en presencia de una situación de urgencia, de acuerdo con el artículo 234 de la Ley 1437 de 2011, caso en el cual debe motivarse la decisión de no correr traslado, con la finalidad de evitar un daño grave al principio de legalidad y con ello al interés general.

Con fundamento en lo anterior, se decide unificar y anunciar jurisprudencia, en el sentido de indicar que el traslado de la medida cautelar es compatible con el trámite de la nulidad electoral, incluso cuando se controviertan designaciones de las cuales *prima facie* podría considerarse que depende el normal funcionamiento de la entidad y son de significativa importancia para todo el país o parte de él, lo anterior para evitar tratos desiguales.

En este contexto, se creó la regla consistente en que *“al demandado debe correrse traslado por el termino de 5 días de la solicitud de medida cautelar, a fin de garantizar su derecho a la defensa, garantía de la cual solo puede prescindirse ante una situación de urgencia **debidamente sustentada, que justifique que la referida petición se resuelva de plano.**”* (Negrilla fuera del texto original)

Me aparto de tal regla por las siguientes razones:

El inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, norma especial en materia electoral, dispone: *“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.”*

Así las cosas, esta norma no consagra expresamente el traslado previo de la medida cautelar, como sí lo hace el artículo 233 *ibídem*, para el proceso general. Entonces, si bien considero que la práctica que lleva a cabo la Sección Quinta de correr el traslado previo garantiza el derecho de defensa, lo cierto es que como lo dice el auto del que me aparto, es una **práctica** que se realiza como consecuencia de la potestad discrecional de cada juez, según las circunstancias particulares del caso.

De otra parte, en la providencia se dice que la urgencia más que una potestad discrecional, es un concepto jurídico indeterminado que se relaciona con la decisión del juez que se encuentra en circunstancias excepcionales del proceso, razón por la que debe explicar y motivar las razones por las cuales





decide no correr traslado. No obstante, en los términos del artículo 234⁴⁵ *ibídem*, la valoración de la urgencia sí es una potestad discrecional, por lo que al crear esa regla se está exigiendo a los jueces y magistrados que justifiquen las razones por las que deciden no correr el traslado en el caso concreto, exigencia de la que me aparto, puesto que no está consagrada en la norma.

Finalmente, debo decir que la finalidad de unificar jurisprudencia es que los jueces y magistrados adopten esa regla en sus providencias, sin embargo, no se da una consecuencia clara frente a su incumplimiento.

Entonces, se dice que se anuncia la unificación de jurisprudencia y que por esa razón no se aplica al caso bajo estudio y por tanto *“no constituye una circunstancia que dé lugar a revocar la decisión que decretó la suspensión provisional de su elección como personero de Manaure”*, pero no se establecen claramente los efectos de esa *“irregularidad procesal”*.

De manera que se está creando una regla de obligatorio cumplimiento sin una consecuencia clara, situación que genera aún mayor confusión, puesto que no se sabe con certeza cuáles serían las posibles repercusiones frente a la ausencia de justificación de no correr el traslado previo.

Sobre el punto, se advierte que en los términos en los que está planteada la regla, esa falta de argumentación o de exposición de las razones del juez de no correr traslado constituiría una irregularidad procesal, pero esa ausencia no encuadra en ninguna de las causales de nulidad previstas en el artículo 133 del Código General del Proceso, de modo que no podría ser considerada como un vicio que tenga la potencialidad de invalidar la actuación, en este caso, el auto que decretó la medida cautelar sin que previamente se hubiera puesto en conocimiento del demandado la petición en ese sentido.

Así pues, como se trata de una irregularidad procesal no consagrada expresamente como causal de nulidad, se concluye que cuando se configure deberá ser alegada para su subsanación mediante el recurso procedente, el cual, de acuerdo con lo previsto en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, es el de apelación para los procesos de primera instancia, o el de súplica para los procesos de única instancia, según lo establecido en el artículo 246 *ibídem*.

En ese orden, el superior funcional o el resto de los miembros de la Sala, según el caso, deberán resolver el recurso interpuesto solo bajo el argumento de que el juez de instancia omitió expresar las razones por las cuales no corrió el traslado de la medida cautelar solicitada con la demanda.

⁴⁵ El artículo 234 del CPACA dispone: *“Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencia que por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior. Esta decisión será susceptible de los recursos a que haya lugar.”*



Ante ese escenario, el juez o los demás integrantes de la Sala tendrían dos caminos: i) decretar la nulidad y ordenar que se subsane la irregularidad y que se proceda a correr el traslado, lo que genera una dilación innecesaria que no se acompasa con el trámite célere del proceso de nulidad electoral, o ii) revocar la providencia recurrida.

Me aparto de ambas consecuencias, puesto que esa omisión, en mi sentir, no da lugar a decretar una nulidad y dilatar el proceso, así como tampoco puede llevar a que se revoque la providencia de primera instancia, pues es una consecuencia demasiado gravosa, bajo la premisa de que, reitero, no hay una norma que exija tal traslado.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento parcial de voto.

Fecha ut supra

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

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

