



## **RECURSO DE APELACIÓN – Contra auto que denegó la solicitud de suspensión provisional del acto de elección de personero municipal transitorio de San José de Cúcuta / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Requisitos de procedencia / RECURSO DE APELACIÓN – Revoca decisión y decreta la suspensión provisional**

El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, establece una fórmula innominada para la adopción de medidas cautelares, clasificándolas en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, admitiendo en esta tipología cualquier clase de medida que el juez encuentre necesaria para garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia e impedir que el ejercicio del medio de control respectivo, pierda su finalidad. (...). [S]egún el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, el juez administrativo está habilitado para efectuar un análisis profundo entre el acto demandado y las normas invocadas como transgredidas, a partir de la interpretación de la ley y la jurisprudencia y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, lo que implica hacer un estudio amplio, analítico y razonado, para verificar si se vulnera el ordenamiento jurídico, sin perder de vista que, en todo caso, se trata de una decisión provisional, que no implica prejuzgamiento, según las voces del artículo 229 *ibidem*. Así mismo, aunque este presupuesto, coincide con el análisis del fondo de la litis, debe precisarse que, por tratarse de una medida provisional, producto de un juicio preliminar, no tiene carácter definitivo, pues, de conformidad con el artículo 235 *ibidem*, existe la posibilidad de modificar o revocar la medida y aún de dictar un fallo desestimatorio de las pretensiones, caso en el cual, la medida debe levantarse. (...). [P]ara que proceda la medida de suspensión provisional, debe establecerse que el acto acusado es violatorio de alguna de las disposiciones que se consideran infringidas en la demanda o en el acápite correspondiente del escrito introductorio, según lo dispone el artículo 231, aplicable a la nulidad electoral por remisión del artículo 296 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior en tanto, el artículo 277 *ibidem*, norma especial del contencioso electoral, establece que la solicitud de la medida de suspensión provisional debe estar contenida en el mismo escrito de demanda y resolverse en el auto admisorio, razón por la cual, resulta apenas razonable y acorde con la tutela judicial efectiva, que su decreto bien pueda fundarse en las razones invocadas tanto en la demanda como en el escrito contentivo de la medida.

### **SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Difiere de la suspensión en el ejercicio de un cargo público / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – El acto de designación demandado puede ser objeto de medida de suspensión provisional pese a la suspensión en el ejercicio del cargo**

Señala el demandado, que no es procedente la suspensión provisional impetrada, dado que su designación como personero transitorio, dejó de producir efectos, como consecuencia de una sanción disciplinaria. En efecto, observa la Sala, que con el escrito de contestación de la medida cautelar, se allegó copia de la providencia de fecha 3 de marzo de 2020, proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal dentro de la actuación disciplinaria con radicado IUS E-2020-151987 IUC-D-2020-1479283, por medio de la cual, se dispuso la suspensión del cargo por el término de tres (3) meses, del señor Martín Eduardo Herrera León, como de personero municipal transitorio de San José de Cúcuta. (...). [D]ebe distinguirse que una cosa es la suspensión en el ejercicio de un cargo público y otra muy distinta la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, pues, son figuras que tienen una naturaleza, objeto y finalidades diversas. En efecto, la suspensión en el ejercicio de un cargo público, como consecuencia de una medida preventiva en materia disciplinaria, está



regulada en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002. (...). Por lo tanto, la suspensión en el ejercicio del cargo, es una medida cautelar que recae sobre la persona del funcionario o empleado, la cual se expide por el operador disciplinario en el marco de una actuación disciplinaria, con el fin de asegurar el éxito de la investigación e impedir que el procesado obstaculice, oculte o interfiera el trámite, mientras culmina el proceso. En tal sentido, su decreto no implica la terminación del vínculo laboral, sino la configuración de una falta temporal del servidor como lo prescribe el artículo 2.2.5.5.47 del Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015. (...). Por su parte, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como medida cautelar, corresponde decretarla a los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa, en el marco de un medio de control donde se controvierte la validez de un acto administrativo. En tal sentido, recae sobre la eficacia de los actos administrativos, en tanto, busca que a través de un pronunciamiento provisional por parte del juez, se ordene dejar sin efectos, de manera transitoria, un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico, mientras se decide el fondo del asunto con el fallo definitivo, por lo que la medida solo afecta el atributo de la ejecutoriedad de los mismos. Así las cosas, siendo figuras jurídicas distintas, en el caso sub iudice, tenemos que la suspensión provisional del ejercicio del cargo del señor Martín Eduardo Herrera León, por el término de tres (3) meses, ordenada mediante providencia del 3 de marzo de 2020, dentro de la actuación disciplinaria con Radicado IUS E-2020-151987 IUC-D-2020-1479283, no tiene la virtualidad de dejar sin efectos el acto administrativo por el cual se le designó como “personero transitorio” de San José de Cúcuta, dado que el acto de vinculación laboral subsiste y permanece incólume. (...). De otro lado, en lo que tiene que ver con el “encargo de funciones”, provisto para proveer la “vacancia temporal”, hecha en cabeza del Secretario General de la Personería, (...), por el “término que establezca la ley”, como se lee en el acto correspondiente, debe interpretarse que no va más allá del vencimiento del plazo de la suspensión disciplinaria de que fue objeto el señor Martín Eduardo Herrera León. En este orden, desde el punto de su eficacia, el acto de designación efectuado al demandado, como “personero transitorio”, cuyos efectos se pide suspender, mantiene su vigencia, mientras no sea revocado, suspendido o anulado por esta jurisdicción u opere algún fenómeno jurídico de pérdida de fuerza ejecutoria de que trata el artículo 91 del CPACA. (...). En este orden, concluye la Sala, que el acto de designación (...) como personero municipal transitorio, a partir del 1° de marzo de 2020 y hasta que se elija a quien va a desempeñar el cargo en propiedad, puede ser objeto de medida de suspensión provisional, en cuanto mantiene su vigencia, pese a la “suspensión del cargo”, con carácter transitorio efectuado por la Procuraduría General de la Nación al titular designado y el “encargo de funciones” efectuado al Secretario General de la Personería, que no implica la separación del empleo de quien ha sido encargado bajo esta modalidad.

### **ELECCIÓN DEL PERSONERO MUNICIPAL – Continuidad de suspensión del concurso de méritos**

En relación con las irregularidades presentadas en el trámite desarrollado para proveer el cargo de personero de San José de Cúcuta, afirma la parte actora que la mesa directiva del concejo municipal al expedir Resolución 063 de 25 de febrero de 2020, por la cual decidió “continuar con la suspensión del concurso” y proceder a efectuar una nueva convocatoria para designar un personero transitorio, vulneró los artículos 88 y 91 de la Ley 1437 de 2011. (...). [C]oncluye la Sala, con base en las providencias emitidas por la autoridad judicial [Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta], que el concurso de méritos para proveer el cargo de personero para el período 2020-2024, convocado mediante la Resolución 231 del 7 de octubre de 2019, por la mesa directiva del Concejo Municipal de San José de





Cúcuta, en este momento se encuentra suspendido mientras no se provea algo distinto. Ahora bien, específicamente, respecto de la Resolución 063 de 25 de febrero de 2020, de la mesa directiva del Concejo Municipal, por la cual se dispuso continuar con la suspensión de la convocatoria para proveer el cargo de Personero (a) Municipal de San José de Cúcuta para el periodo 2020-2024, por considerar que no se había producido decisión de fondo dentro del proceso de nulidad simple ya referido, estima la Sala que no vulneró el artículo 88 y 91 de la Ley 1437 de 2011, habida cuenta que, si bien, para ese momento, ya se había aceptado “el desistimiento” de la medida cautelar solicitada, por auto del 17 de febrero de 2020, en todo caso, al formularse recurso de apelación, dicho auto no cobró ejecutoria, al tenor del artículo 302 del CGP. Por el contrario, al expedirse el auto del 28 de febrero de 2020, que resolvió “dejar sin efectos”, el auto que aceptó el desistimiento, volvió a cobrar vigencia la suspensión provisional, tantas veces referenciada. En estas condiciones, no se advierte razón para considerar que la Resolución 063 de 25 de febrero de 2020, fue expedida contraviniendo el ordenamiento jurídico superior y, por tanto, la alegada obligatoriedad de la convocatoria no podía ser exigible.

### **VACANCIA ABSOLUTA DEL PERSONERO MUNICIPAL – Será suplida por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía**

Así mismo, consideran los demandantes que con la expedición de la Resolución 064 de 2019, por la cual se decide invitar a la ciudadanía en general para participar en la convocatoria para la designación del “personero transitorio”, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, desconoció las previsiones contenidas en el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, en cuanto dispone el procedimiento para suplir las faltas temporales y absolutas de los personeros municipales, sin que allí se prevea la celebración de una invitación pública a la ciudadanía en general para elegir un “personero transitorio”. Así las cosas, ante el vencimiento del período del personero municipal, sin haberse podido realizar el concurso de méritos, por las vicisitudes presentadas, lo que se imponía era encargar transitoriamente al funcionario que estuviere ocupando el empleo inmediatamente anterior en la jerarquía, como lo dispone la norma invocada. (...). Al respecto encuentra la Sala que no le asiste razón al demandado, al afirmar la alegada indeterminación sobre el tipo de falta que se configura cuando hay vencimiento del periodo, se ha iniciado el concurso de méritos y este ha sido suspendido por orden judicial, pues, esta circunstancia constituye una provisión transitoria que a la luz del artículo 172 de la Ley 136 de 1994, impone designar a quien inmediatamente siga en jerarquía al cargo de personero municipal. (...). De lo anterior se deriva que cuando se ha convocado al concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal y el período del antecesor ha vencido, y se han presentado circunstancias que han originado que no se haya podido elegir al nuevo funcionario, se presenta una interinidad que es necesario suplir mientras culmina el concurso. La provisión que deba hacerse para suplir la vacancia, se entiende hecha de manera transitoria, pues esta designación por su carácter temporal, no puede ir más allá del término estrictamente necesario mientras se logre terminar el proceso de elección, atribuida a esta corporación administrativa en el artículo 313 numeral 8º de la Carta, en concordancia con el artículo 170 de Ley 136 de 1994. En efecto, el vencimiento del periodo institucional de los personeros, que se encuentra previsto en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, genera una falta absoluta que impone desarrollar el concurso de méritos ordenado en esta norma. Sin embargo, ante la imposibilidad de contar con el nuevo funcionario por haberse presentado vicisitudes en el concurso de méritos, como ocurre en el presente caso, implica que deba designarse a alguien temporalmente, para proveer transitoriamente dicho empleo, hasta tanto culmine el proceso de selección. En esa medida, la



hipótesis del inciso 2º del artículo 172 de la ley ibídem, según la cual, “Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero”, tiene plena vigencia y debe atenderse de manera estricta. (...). Conforme a lo expuesto se concluye que con la expedición de la Resolución 064 de 2019, por parte de la duma municipal, que convocó a la elección de personero transitorio y se señalaron las reglas de este nuevo concurso, se quebrantó el artículo 172 de la ley 136 de 1994 y, por consiguiente se afectó la validez del Acta 057 de la sesión del Concejo Municipal de San José de Cúcuta de fecha 29 de febrero de 2020, por el cual se designó al señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio, a partir del 1º de marzo de 2020 y hasta que se elija quien va a desempeñar el cargo en propiedad, por lo que fuerza concluir que debe suspenderse provisional de los efectos del acto acusado.

**PERSONERO MUNICIPAL – Incompatibilidades / INCOMPATIBILIDAD – Concepto / INCOMPATIBILIDAD – Elementos de configuración / INCOMPATIBILIDAD – No se configura**

Finalmente, arguyen los accionantes que se incurrió en violación del régimen de incompatibilidades previsto artículo 175, literal a) de la Ley 136 de 1994, al haberse efectuado un nombramiento transitorio al señor Martín Eduardo Herrera León, después de haber ejercido el cargo de personero municipal en propiedad, dado que esta norma consagra la prohibición de desempeñar cargo público en el respectivo municipio, durante los 12 meses siguientes al vencimiento del período, en armonía con el artículo 51 de la Ley 617 de 2000. (...).Al respecto es necesario señalar que las incompatibilidades son aquellas actuaciones que no pueden realizarse durante el desempeño de un cargo, por resultar contrarias al deber de dedicación exclusiva que exige el desempeño de la función pública. En otros términos, son circunstancias taxativamente señaladas en la constitución o la ley, que ocurren con posterioridad al nombramiento o elección, que restringen la posibilidad de ejercer coetáneamente tareas públicas o privadas en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o confluencia de tareas no conciliables. (...).No obstante, la prohibición objeto de examen, consistente en no ocupar un empleo público o privado durante los doce (12) meses posteriores al vencimiento del período del cargo de personero, describe una conducta prohibitiva constitutiva de una incompatibilidad a la luz del precepto antes mencionado, pero que se torna en inhabilidad para asumir un nuevo empleo público, durante dicho lapso de tiempo. Así entonces, su configuración contiene un elemento objetivo, consistente en no ocupar empleo público o privado diferente al de personero, un elemento temporal, según el cual, esta incompatibilidad que conlleva una inhabilidad opera durante todo el período para el cual fue elegido y doce (12) meses más después del vencimiento del mismo o a la aceptación de la renuncia. Aunque la disposición no precisa un elemento espacial, debe señalarse que su correcto entendimiento es que la conducta prohibitiva no se ejecute en el respectivo municipio, pues lo que se busca evitar es que el personero municipal, después de haber ejercido la función de control y vigilancia de la gestión pública municipal, bien como veedor ciudadano o como ministerio público, que lo hace titular prevalente de la potestad disciplinaria frente a quienes desempeñen funciones públicas municipales, se sirva o beneficie de su gestión para lograr una nominación en un cargo en la misma entidad territorial. Entenderlo en un sentido más amplio desborda el sentido de la norma y desproporciona su aplicación. En el caso sub judice, los presupuestos normativos de la incompatibilidad que se torna en inhabilidad para ocupar cargos públicos, prevista en el artículo 175 literal a) de la Ley 136 de 1994, llevan a la Sala a concluir que no se presenta, pues, a pesar de que se puede entender



satisfecho el elemento temporal- al haberse realizado el nombramiento dentro de los doce (12) meses siguientes- y el elemento espacial – en razón a que la elección se realizó en San José de Cúcuta- la designación efectuada al señor Martín Eduardo Herrera León, por el concejo municipal de San José de Cúcuta, se produjo en el mismo organismo que regenta como personero transitorio y la norma prohibitiva se refiere a la hipótesis de “Ejercer otro cargo público o privado diferente”, entendiéndose diferente al de personero municipal, de forma que el elemento objetivo no se cumple. (...). [En conclusión] La Sala revocará el auto del 19 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que negó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio de San José de Cúcuta, por encontrar que el argumento planteado en el recurso de apelación, relacionado con la vulneración del artículo 172 de Ley 136 de 1994, tiene el mérito suficiente para modificar la decisión del a quo, en cuanto logra demostrar, en esta etapa procesal, que el concejo municipal no acató los lineamientos normativos para la suplir la vacancia del cargo del personero en el citado municipio.

**NOTA DE RELATORÍA:** De la nulidad del acto de elección de personero municipal, consultar, entre otros que se citan: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 8 de octubre de 2020, M. P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 73001-23-33-000-2020-00081-01; Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 12 de noviembre de 2020, M. P Carlos Enrique Moreno Rubio, Radicación: 76001-23-33-000-2020-00895-0. En cuanto a los requisitos para la procedencia de la suspensión provisional en materia electoral, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 12 de diciembre de 2019, M.P. Rocío Araujo Oñate, radicación 05001-23-33-000-2019-02852-01. De la suspensión provisional y que no implica prejuzgamiento, consultar: Consejo de Estado, Sección Cuarta, auto del 29 de enero de 2014, M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, radicación 11001-03-27-000-2013-00014-00 (20066). Sobre la procedencia del decreto de la medida cautelar de suspensión provisional cuando del análisis de los argumentos y pruebas aportadas por el peticionario, surja la trasgresión de las normas superiores invocadas como vulneradas en la solicitud de suspensión provisional o en la demanda, cuando esta se encuentra inserta en ella, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de rectificación jurisprudencial del 27 de febrero de 2020, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra, radicación 17001-23-33-000-2019-00551-01. Con respecto a la distinción entre el encargo del cargo y el encargo de funciones, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente de 30 de noviembre de 2017, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicación 11001-03-28-000-2017-00035-00. Respecto de la designación en interinidad frente a las faltas temporales del personero titular, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de febrero de 2010, M.P. Maria Nohemí Hernández Pinzón, Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00457-02. Sobre la provisión de manera transitoria del cargo de personero En el mismo sentido ver: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 16 de febrero de 2016, C.P. Edgar González López, Radicación No.2283, Expediente: 11001-03-06-000-2016-00022-00.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 88 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 91 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 230 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 235 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 157 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 98 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 99 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 170 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 172 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 175 LITERAL A / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 51 / CÓDIGO





GENERAL DEL PROCESO – ARTÍCULO 302 / DECRETO 1083 DE 2015 –  
ARTÍCULO 2.2.5.5.47

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

**Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 54001-23-33-000-2020-00506-01**

**Actor: PROCURADORES 98 JUDICIAL I Y 24 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE CÚCUTA**

**Demandado: MARTÍN EDUARDO HERRERA LEÓN - PERSONERO MUNICIPAL TRANSITORIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA**

**Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Faltas absolutas y temporales de los personeros**

#### **AUTO**

---

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del 19 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Martín Eduardo Herrera León, como “personero municipal transitorio” de San José de Cúcuta.

### **I. ANTECEDENTES**

#### **1.1. La demanda**

El 28 de junio de 2020 los Procuradores 98 Judicial I y 24 Judicial II para asuntos Administrativos de Cúcuta, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral de que trata el artículo 139 del C.P.A.C.A., presentaron demanda dirigida a obtener la nulidad del Acta 057 de la sesión del Concejo Municipal de San José de Cúcuta de fecha 29 de febrero de 2020, por el cual se designa al señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio, a partir del 1° de marzo de 2020 y hasta que se elija quien va a desempeñar el cargo en propiedad.

#### **1.2 Hechos**





El señor Martín Eduardo Herrera León, fue elegido por el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, como personero municipal en propiedad para el periodo 2016-2020, cargo que debía ejercer hasta el 29 de febrero del año en curso.

Ante el inminente vencimiento del período, la mesa directiva del Concejo Municipal, expidió la **Resolución 231 de 7 de octubre de 2019**, por medio de la cual se convocó y reglamentó el concurso público de méritos para proveer el cargo de personero municipal de San José de Cúcuta para el periodo 2020-2024, la cual fue objeto de varias modificaciones en relación con el cronograma adoptado, como pasa seguidamente a explicarse.

Se informó que como la prueba de conocimientos que debía aplicar la Universidad Francisco de Paula Santander para la selección de este funcionario, había sido programada para el 26 de octubre de 2019, el rector de esta institución universitaria, mediante oficio con radicado 964 del 15 de octubre de 2019, solicitó a la duma municipal la modificación del cronograma, teniendo en cuenta que la sede la universidad, fue asignada como puesto de votación para las elecciones de autoridades regionales y locales, a celebrarse el 27 de octubre de ese mismo año, lo cual podría generar inconvenientes de tipo logístico.

Esta petición fue aceptada por la mesa directiva del Concejo Municipal de San José de Cúcuta, quien mediante **Resolución 240 de 16 de octubre de 2019**, modificó el cronograma, estableciendo como nueva fecha para la realización de la prueba escrita, el 7 de noviembre de 2019, y modificando los plazos para las etapas subsiguientes, entre otras determinaciones.

Una vez realizada la prueba de conocimientos y encontrándose en el término para resolver reclamaciones, mediante oficio 1173 de 15 de noviembre de 2019, el rector de la Universidad Francisco de Paula Santander solicitó, nuevamente, la modificación del cronograma, por la necesidad de fijar una fecha, en la que los participantes que hubieren impugnado la prueba escrita, pudieran tener acceso al material evaluador. Por lo anterior el Concejo Municipal profirió **la Resolución 279 de 15 de noviembre de 2019**, en la que se determinó como fecha para acceder a las pruebas, el 18 de noviembre de 2019 y nuevamente se variaron los términos para la realización de las siguientes fases de la convocatoria.

De otro lado, la mesa directiva del Concejo Municipal, mediante **Resolución 302 del 4 de diciembre de 2019**, decidió suspender el concurso público de méritos al considerar que se requería un término adicional para dar respuesta a algunas reclamaciones y resolver una solicitud de revocatoria directa que se había formulado. Lo anterior, a fin de evitar acciones judiciales que llegaren a afectar el proceso, en acatamiento del artículo 32 de la Resolución 231 de 7 de octubre de 2019, que dispone que, previo a continuar con cada etapa del concurso, debe estar resuelta toda reclamación.

Entre tanto, narran los accionantes, que con ocasión de una demanda de nulidad simple interpuesta contra las **Resoluciones 231 del 7 de octubre de 2019**, por la cual se convocó y reglamentó el concurso y **240 de 2019 del 16 de octubre de**





2019, a través de la cual, se modificó el cronograma estableciendo el 7 de noviembre de 2019, como nueva fecha para la realización de la prueba escrita, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, en el proceso con radicado No. 54001-33-33-003-2019-00453-00, mediante auto del 11 de diciembre de 2019, decretó la suspensión provisional de los actos acusados. En tal virtud, la mesa directiva del Concejo Municipal de San José de Cúcuta profirió la **Resolución 315 de 13 de diciembre de 2019**, por medio de la cual decretó continuar con la suspensión de la convocatoria ya ordenada en la Resolución 302 de 4 de diciembre de 2019 y dispuso ampliar sus efectos conforme a la orden judicial.

Posteriormente, mediante correo electrónico del 11 de febrero de 2020, los señores Juan Guillermo Cuadros Castillo y Edward Alberto Varón Flórez, demandantes del medio de control de simple nulidad ya referido, presentaron solicitud de desistimiento de la medida cautelar, por considerar que esta situación afectaba el normal desarrollo del proceso de elección pues, lo pretendido era dotar a la ciudad de Cúcuta de un personero en propiedad, a partir de 1 de marzo de 2020. En este orden, el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante **Auto de 17 de febrero de 2020**, aceptó el desistimiento, en aplicación al artículo 316 de Código General del Proceso, providencia contra la cual, el apoderado del Concejo Municipal interpuso recurso de apelación, por estimar que, previo a decidir sobre el desistimiento, ha debido correrse traslado al municipio y a la duma municipal, lo cual no se hizo, según lo prescribe el artículo 316 del CGP.

En estas condiciones y pese a lo anterior, la mesa directiva del Concejo Municipal, mediante la **Resolución 063 de 25 de febrero de 2020**, decidió continuar con la suspensión de la convocatoria adoptada en la Resolución No. 231 del 7 de octubre de 2019, para proveer el cargo de Personero (a) Municipal de San José de Cúcuta para el periodo 2020-2024, por considerar que no se había producido decisión de fondo dentro del proceso de nulidad radicado con el 54001-33-33-003-2019-00453-00.

A su turno, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cúcuta, mediante **Auto del 28 de febrero de 2020**, decidió “abstenerse de pronunciarse” sobre el recurso de apelación, por considerar que el Concejo Municipal carecía de personería y capacidad jurídica para ser parte en el proceso. Sin embargo, seguidamente, optó por dejar sin efectos la providencia por medio de la cual se “aceptó el desistimiento” y dispuso que la medida cautelar decretada mediante proveído del 11 de diciembre de 2019, continuaba “vigente”. Lo anterior al encontrar que los requisitos previstos en el artículo 235 de la Ley 1435 de 2011, para el levantamiento de la misma, no se habían cumplido.

Ahora bien, por la necesidad de cubrir la vacante, la mesa directiva del Concejo Municipal, optó por proferir la **Resolución 064 del 25 de febrero de 2020**, por medio de la cual abrió un nuevo proceso, en la que invitó “a los ciudadanos interesados en participar como candidato al cargo de Personero Municipal transitorio de San José de Cúcuta”. En esta resolución, se señalaron las bases del





proceso de selección del “*personero municipal transitorio*”, estableciendo la descripción del cargo, fijando los requisitos mínimos para participar del proceso, el lugar y la fecha para la recepción de las hojas de vida y la creación una “comisión accidental” para la verificación de los documentos para el ejercicio de dicho empleo.

Se informa en los hechos de la demanda, que la anterior resolución, esto es, **Resolución 064 de 2020**, fue objeto de acción de tutela, formulada por el señor José Manuel Salazar Chica, quien superó el concurso de méritos que se había sido convocado inicialmente, y el Juzgado Primero Civil Municipal de Cúcuta, a quien correspondió su conocimiento, bajo el radicado No. 54001-40-03-001-2020-00123-00, mediante auto de 27 de febrero de 2020, decretó como medida cautelar, la suspensión provisional de la Resolución 064 de 25 de febrero de 2020, por la cual se convocó a la elección del personero municipal transitorio, hasta tanto no se decidiera de fondo la acción constitucional.

En virtud de lo dispuesto en sede de tutela, la mesa directiva del Concejo Municipal profirió la **Resolución 065 de 27 de febrero de 2020** “*por la cual se suspende provisionalmente la Resolución No. 064 de febrero 25 de 2020 acatando la orden judicial proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal*”, esto es, la resolución que convocó al nuevo concurso para elegir el personero transitorio.

En vista de tal situación, y en procura de una solución ante la inminente terminación del período, el secretario del Concejo Municipal de San José de Cúcuta, mediante oficio CMC – SG-328 28 de febrero de 2020, solicitó al Personero Municipal de Cúcuta, informar cuál funcionario seguía en jerarquía con requisitos legales para ocupar dicho cargo. Así mismo, solicitó comunicar a todos los demás funcionarios que acreditaran las exigencias legales y estuvieran interesados en ostentar dicho empleo para que postularan su hoja de vida ante la дума municipal. Esta misiva fue contestada por el personero municipal, a través de memorial de fecha 29 de febrero de 2020 identificado con radicado DP-0689, en el que informó que señor Sergio Enrique Rodríguez Pantaleón, Secretario General de la Personería Municipal y Coordinador de Control Interno, era el funcionario que seguía en jerarquía en la planta de personal de la Personería Municipal.

Finalmente, en sesión de 29 de febrero de 2020, mediante **Acta 057 de esa misma fecha**, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, resolvió designar al señor Martín Eduardo Herrera León, funcionario cuyo período fenecía, como “personero transitorio”, a pesar de la oposición de algunos concejales, quienes consideraron que nombrar a quién había desempeñado el cargo en propiedad, implicaba el desconocimiento del ordenamiento jurídico superior y, en especial, el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, que prescribe que ante la falta temporal del personero municipal, dicha vacancia debe ser suplida por el funcionario que siga en jerarquía.

## 1.2 Solicitud de Suspensión Provisional





En capítulo inserto en la demanda, la parte actora solicitó la suspensión provisional de los efectos del Acta 057 del 29 de febrero de 2020, por la cual se designó de manera transitoria, al señor Martín Eduardo Herrera, como Personero de Cúcuta, remitiéndose para ello, a los argumentos expuestos en el concepto de la violación del libelo genitor, los cuales se detallan a continuación:

Exponen los demandantes que el acto impugnado se encuentra viciado de nulidad por infracción de norma superior, al desconocer el contenido de los artículos 6<sup>1</sup>, 121<sup>2</sup>, 122<sup>3</sup>, 125<sup>4</sup> y 238<sup>5</sup> constitucionales, artículo 172<sup>6</sup> y 175 de la Ley 136 de 1994 y 51 de la ley 617 2000, artículos 88, 91<sup>7</sup>, 229, 230.3 y 231 de la Ley 1437 de 2011.

Hacen consistir la vulneración de la normatividad referida, en irregularidades presentadas en los actos previos a la designación del personero transitorio y en la violación del régimen de incompatibilidades del mismo. Exponen en primer término, que en virtud de los artículos 6, 121 y 122 superiores, los servidores públicos tienen una vinculación positiva al ordenamiento jurídico, la cual solo les permite actuar en la medida que el régimen legal les faculte. Este principio de juridicidad debe ser satisfecho especialmente al designar funcionarios que, como

---

<sup>1</sup> **ARTICULO 6o.** Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones

<sup>2</sup> **ARTICULO 121.** Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

<sup>3</sup> **ARTICULO 122.** <Artículo corregido por Aclaración publicada en la Gaceta No. 125> No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

<sup>4</sup> **ARTICULO 125.** Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

<sup>5</sup> **ARTICULO 238.** La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial.

<sup>6</sup> **ARTÍCULO 172. FALTA ABSOLUTA DEL PERSONERO.** En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante. En ningún caso habrá reelección de los personeros.

Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente Ley.

Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero.

<sup>7</sup> **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.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.



en el caso *sub judice*, tiene una regulación especial que debe ser cumplida plenamente.

Así, señalan que la **Resolución 063 de 25 de febrero de 2020**, por medio de la cual, la mesa directiva del Concejo Municipal de San José de Cúcuta, resolvió continuar con la suspensión del concurso para proveer el cargo de Personero (a) Municipal de San José de Cúcuta, vulneró los artículos 88 y 91 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto desconocen el atributo de la presunción de legalidad, según el cual, los actos administrativos se presumen legales, mientras no hayan sido anulados ni suspendidos por la jurisdicción contenciosa. En este orden, la convocatoria pública es de obligatorio cumplimiento, mientras no se configure alguna de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria.

Lo anterior, por cuanto en virtud del levantamiento de la medida cautelar dispuesta por el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cúcuta, implicó la reanudación del concurso que se venía desarrollando para proveer el cargo de personero, para el período 2020-2024, circunstancia que justifica que la mesa directiva del Concejo Municipal de San José de Cúcuta deba dar continuidad al proceso de elección. Señalan que no existe un fundamento normativo que soporte la suspensión del concurso, por cuanto esta es una atribución exclusiva de la jurisdicción contenciosa, en virtud de lo previsto en el artículo 238 de la constitución Política y 231 y subsiguientes de la Ley 1437 de 2011.

Así mismo, consideran que con la expedición de la **Resolución 064 de 2020**, por la cual se decide invitar a la ciudadanía en general para participar en la convocatoria para la designación del “personero transitorio”, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, desconoció las previsiones contenidas en el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, en cuanto dispone el procedimiento para suplir las faltas temporales y absolutas de los personeros municipales, sin que allí se prevea la celebración de una invitación pública a la ciudadanía en general. Así las cosas, ante el vencimiento del periodo del personero municipal y sin que se hubiera elegido su reemplazo, lo que se imponía era encargar transitoriamente al funcionario que estuviere ocupando el empleo inmediatamente anterior en la jerarquía, siempre y cuando llegare a reunir las calidades y requisitos que exige el empleo, como lo dispone la norma invocada.

Finalmente, pone en evidencia que el nombramiento transitorio efectuado al señor Martín Eduardo Herrera León, es una vinculación nueva, lo que lo lleva a incurrir en vulneración del régimen de incompatibilidades previsto en el artículo 175, literal a) de la Ley 136 de 1994, según el cual, personero no podrá desempeñar ningún cargo público en el respectivo municipio, durante los 12 meses siguientes al vencimiento del período, en armonía con el artículo 51 de la Ley 617 de 2000.

### 1.3 Actuaciones procesales

#### 1.3.1 Traslado de la medida cautelar





Por auto de 4 de agosto de 2020, se dispuso correr traslado de la solicitud de medida cautelar al alcalde municipal de San José de Cúcuta y al señor Martín Eduardo Herrera León, en calidad de demandado. Se constata que solo contestó el demandado.

El accionado, a través de apoderada, contestó la solicitud, oponiéndose al decreto de la medida cautelar, argumentando que no hubo violación de normas superiores, en razón a que el Concejo Municipal de San José de Cúcuta inició el concurso de méritos dirigido a la elección de personero en propiedad, pero este fue suspendido por una orden judicial. Explicó al respecto, que el artículo 172 de la Ley 136 de 1994 establece la forma de proveer las faltas absolutas y temporales del cargo de personero municipal; sin embargo, precisa que la terminación del período de personero no constituye una falta temporal, como lo arguye la parte actora.

En este orden, según la norma invocada, frente a una falta absoluta, el Concejo debe proceder a realizar una nueva elección para el periodo restante, circunstancia que se cumplió, pero con ocasión de la suspensión del concurso, este trámite se interrumpió. Así las cosas, se está frente a una situación *sui generis* que no tiene desarrollo legal, por lo que debe entenderse que el actuar de la duma municipal solo buscaba garantizar la continuidad del servicio y el cumplimiento de las funciones asignadas a la personería, sin que las pruebas aportadas con la solicitud de la medida cautelar, acrediten la alegada vulneración de la norma superior o la causación de un perjuicio irremediable que torne viable la suspensión provisional.

Para conocimiento del despacho, informa que la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación, inició una actuación disciplinaria en contra Martín Eduardo Herrera León, con el radicado IUS E-2020-151987 IUC-D-2020-1479283, dentro del cual, se dispuso, como medida cautelar, la suspensión provisional del cargo de personero municipal transitorio de San José de Cúcuta, por el término de tres (3) meses, a partir del 6 de julio de 2020, razón por la cual *“la decisión de esta medida cautelar no generaría efectos jurídicos, razón por la cual no cumpliría su finalidad.”*

### **1.3.2 Admisión de la demanda y decisión de la medida cautelar**

Por auto de 19 de agosto de 2020 el Tribunal Administrativo de Norte de Santander dispuso admitir la demanda de nulidad electoral en contra del acto de elección de señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio de San José de Cúcuta.

Respecto de la medida cautelar consideró que el artículo 172 de la Ley 136 de 1994 dispone la forma de suplir la vacante del cargo de personero cuando se configuran faltas absolutas o temporales. Sin embargo, en el caso objeto de estudio existe discusión sobre qué tipo de falta se presenta cuando hay vencimiento del periodo y el proceso de selección se encuentra suspendido, en tanto se requiere un nombramiento transitorio para dar continuidad a las funciones de la personería.



Conforme con lo expuesto, se impone un análisis profundo del contenido de lo dispuesto en los artículos 98 y 99 de la Ley 136 de 1994, normas que enlistan las situaciones que constituyen faltas absolutas o temporales de los alcaldes, aplicable a los personeros en virtud de la remisión normativa prevista en el artículo 176 *ibídem*, lo cual solo puede acontecer al momento de proferir la sentencia que ponga fin al proceso. Por lo anterior, decidió denegar la medida cautelar y postergar el análisis de esta situación para la decisión de fondo.

### **1.3.3 Del recurso de apelación por parte del actor**

En memorial de 26 de agosto de 2020, los Procuradores 98 Judicial I y 24 Judicial II para asuntos Administrativos de Cúcuta, interpusieron recurso de apelación contra la decisión denegatoria de la suspensión provisional, al considerar que la conclusión a la que llega el Tribunal Administrativo desconoce el derecho a tutela judicial efectiva.

Después de explicar la evolución normativa que han tenido las medidas cautelares, en la transición del Decreto 01 de 1984 a la Ley 1437 de 2011, concluyen que en el examen de procedibilidad de la medida solicitada debe verificarse la concurrencia de los elementos a saber: i) *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, ii) *periculum in mora* o perjuicio de la mora y iii) la ponderación de intereses. Para el caso en particular, estiman que le asiste obligación al juez de llevar a cabo un análisis y estudio preliminar de los argumentos y fundamentos que se derivan de la aplicación normativa, sin que sea dable diferirlo hasta la sentencia.

Finalmente, arguyen que no se debe confundir la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, cuya competencia corresponde de la jurisdicción contenciosa administrativa, con la medida preventiva de suspensión del ejercicio de funciones públicas, proferida por la autoridad disciplinaria, dado que se trata de figuras con alcance, naturaleza y finalidades diferentes. Enfatizan que la suspensión en el ejercicio de un cargo público proferida en el marco de un proceso disciplinario no constituye causal de pérdida temporal de la fuerza ejecutoria del acto administrativo de vinculación y, por tal razón, *“no impide el decreto de suspensión del acto administrativo de designación o de nombramiento, al existir el objeto sobre el que pudiera recaer tal medida”*.

### **1.3.4 Traslado de recurso de apelación**

Del recurso de apelación se corrió traslado por el término de tres (3) días, en la forma dispuesta por el numeral 2 del artículo 244 del C.P.A.C.A., término que transcurrió durante los días 31 de agosto y 1 y 2 de septiembre de 2020.

Dentro de este plazo la apoderada del demandado, presentó memorial en el que plantea que el acto demandado no tiene fuerza ejecutoria porque *“el día 6 de julio de 2020 fue derogado tácitamente el encargo del señor Martín Herrera al nombrarse en encargo como personero del Municipio de Cúcuta al señor Sergio Rodríguez Pantaleón”*. De conformidad con lo expuesto se torna en irrelevante e



improcedente declarar la suspensión provisional de un acto administrativo que ya no está vigente y actualmente no genera efectos jurídicos. Adicionalmente, reitera los argumentos expuestos en el escrito presentado al descorsar el traslado de la medida cautelar, esto es, que la falta presentada, en el caso *sub judice* no es temporal ni absoluta y que no existe norma aplicable al caso concreto. Por lo tanto, no están dadas las condiciones para el decreto de la medida cautelar impetrada.

## 2. CONSIDERACIONES

### 2.1. Competencia

La Sala es competente para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra el auto del 19 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto de elección<sup>8</sup>, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 150, 152.8 y 277 de la Ley 1437 de 2011, al igual que por lo normado en el artículo 13 del Acuerdo 80 del 12 de marzo de 2019 – Reglamento del Consejo de Estado.

### 2.2 Análisis de procedibilidad

Antes de entrar al estudio de fondo del auto impugnado, es preciso verificar si el recurso en cuestión cumple con los requisitos de procedibilidad, consagrados en el numeral 2º del artículo 244 *ejusdem*, a saber: que se interpongan (i) dentro de los tres días siguientes a la notificación de la providencia contra la que se dirige; (ii) debidamente sustentado ante el juez que la profirió; (iii) en el curso de la primera instancia; y (iv) contra decisiones de naturaleza apelable.

Al respecto, la Sala encuentra que: (i) el auto impugnado fue notificado personalmente a la parte actora el martes 25 de agosto de 2020 y el presente recurso fue interpuesto el miércoles 26 de agosto de 2020, es decir, dentro del término de su ejecutoria, (ii) el memorial que lo contiene expresa las razones de hecho y de derecho en que se funda y se presentó ante la autoridad que profirió la decisión objeto de controversia, esto es, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander; (iii) el recurso se dirige contra una providencia dictada en el curso de un proceso de nulidad electoral de primera instancia, dado que se demandó la nulidad del acto de elección de personero transitorio del municipio de San José de Cúcuta, localidad que es capital de departamento<sup>9</sup>, por lo que su conocimiento

<sup>8</sup> En virtud de esta competencia con anterioridad esta Sala Electoral ha conocido de la nulidad del acto de elección de personeros municipales entre los que se encuentran las siguientes providencias: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta auto de 8 de octubre de 2020. M. P: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad.: 73001-23-33-000-2020-00081-01 auto de 12 de noviembre de 2020 M. P Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación:76001-23-33-000-2020-00895-0. Demandado: Harold Andrés Cortés Laverde Personero de Cali – Periodo 2020-2024 auto de 15 de octubre de 2020. M. P.: Carlos Enrique Moreno Rubio Rad: 05001-23-33-000-2020-02462-01.Demandante: Álvaro Baena Gil Demandado: William Yeffer Vivas Lloreda – Personero de Medellín, entre otros.

<sup>9</sup> San José de Cúcuta es la capital del departamento de Norte de Santander



corresponde a los tribunales administrativos en primera instancia, de acuerdo con el numeral 8° del artículo 152 del C.P.A.C.A.; y (iv) se trata de una decisión de naturaleza apelable, de acuerdo con el inciso final del artículo 277 del C.P.A.C.A., que reza que contra el auto que resuelve sobre la solicitud de suspensión provisional «(...) *solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación*».

### 2.3 La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo

El artículo 230 de la Ley 1437 de 2011, establece una fórmula innominada para la adopción de medidas cautelares, clasificándolas en preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, admitiendo en esta tipología cualquier clase de medida que el juez encuentre necesaria para garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia e impedir que el ejercicio del medio de control respectivo, pierda su finalidad.

En este amplio catálogo, se contempló en el artículo 3<sup>o</sup><sup>10</sup>, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como herencia del anterior estatuto, esto es, el Decreto 01 de 1984, el cual dedicaba el título XVII a regular esta figura, como la única cautela posible. Así las cosas, al coexistir en la actualidad, diferentes modalidades de medidas cautelares, concurren también distintos presupuestos para ordenarlas, teniendo siempre presente que la interpretación de los requisitos procesales para su procedencia, debe hacerse a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva, que parte de reconocer que no solo las personas tienen el derecho de acudir a los órganos judiciales para formular su demanda, sino a que el objeto del litigio, se le proteja desde el inicio del trámite a fin de asegurar la justicia material y que la sentencia cumpla su cometido.

Según el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, cuando se pretenda la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, el actor debe cumplir los requisitos señalados en el inciso primero de dicha norma que dispone:

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

Sobre el particular, esta Corporación ha destacado, que la actual regulación de la medida, no exige la «*manifiesta infracción*» de la norma superior, como lo ordenaba la legislación anterior, por lo que se advierte una variación significativa para su decreto. En efecto, en el anterior régimen, para el decreto de la

<sup>10</sup> 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 (...)



suspensión provisional del acto acusado, la jurisprudencia de esta corporación exigía que la contrariedad con el ordenamiento superior debía ser ostensible, clara, manifiesta, flagrante o grosera, lo cual promovió que, en no pocas ocasiones, esta circunstancia hiciera casi imposible su viabilidad, afectando sustancialmente el propósito de la medida cautelar y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta Sala, en reciente providencia de 12 de diciembre de 2019<sup>11</sup>, al respecto indicó lo siguiente:

30. Al respecto, la doctrina ha destacado (12) 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, esto es, infracción grosera, de bulto, observada prima facie. Con la expedición de la Ley 1437 de 2011, basta que se presente una violación a las disposiciones señaladas como desconocidas, contravención que debe surgir del análisis por parte del juez, del acto demandado con las normas esgrimidas como transgredidas o, del estudio de las pruebas aportadas por el accionante con su escrito introductorio para que sea procedente la medida cautelar.

31. Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrojados a esta etapa del proceso para efectos de proteger la efectividad de la sentencia, basado en los requisitos y en los criterios de admisibilidad de la medida cautelar de la cual se trata.

Así las cosas, en la actualidad, según el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, el juez administrativo está habilitado para efectuar un análisis profundo entre el acto demandado y las normas invocadas como transgredidas, a partir de la interpretación de la ley y la jurisprudencia y estudiar las pruebas allegadas con la solicitud, lo que implica hacer un estudio amplio, analítico y razonado, para verificar si se vulnera el ordenamiento jurídico, sin perder de vista que, en todo caso, se trata de una decisión provisional, que no implica prejuzgamiento, según las voces del artículo 229 *ibidem*<sup>13</sup>. Así mismo, aunque este presupuesto, coincide con el análisis del fondo de la *litis*, debe precisarse que, por tratarse de una medida provisional, producto de un juicio preliminar, no tiene carácter definitivo, pues, de conformidad con el artículo 235 *ibidem*, existe la posibilidad de modificar o revocar la medida y aún de dictar un fallo desestimatorio de las pretensiones, caso en el cual, la medida debe levantarse.

De otro lado, en el contencioso electoral, para que proceda la medida de suspensión provisional, debe establecerse que el acto acusado es violatorio de alguna de las disposiciones que se consideran infringidas en la demanda o en el acápite correspondiente del escrito introductorio, según lo dispone el artículo 231,

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, Radicación número: 05001-23-33-000-2019-02852-01, M.P. Doctora Rocío Araujo Oñate.

<sup>12</sup> BENAVIDES José Luis. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo comentado y concordado. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2013 pg. 496.

<sup>13</sup> 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).



aplicable a la nulidad electoral por remisión del artículo 296 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Lo anterior en tanto, el artículo 277 *ibidem*, norma especial del contencioso electoral, establece que la solicitud de la medida de suspensión provisional debe estar contenida en el mismo escrito de demanda y resolverse en el auto admisorio, razón por la cual, resulta apenas razonable y acorde con la tutela judicial efectiva, que su decreto bien pueda fundarse en las razones invocadas tanto en la demanda como en el escrito contentivo de la medida<sup>14</sup>.

## 2.4 Asunto previo

### Sobre la vigencia del acto demandado

Señala el demandado, que no es procedente la suspensión provisional impetrada, dado que su designación como personero transitorio, dejó de producir efectos, como consecuencia de una sanción disciplinaria. En efecto, observa la Sala, que con el escrito de contestación de la medida cautelar, se allegó copia de la providencia de fecha 3 de marzo de 2020, proferida por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal dentro de la actuación disciplinaria con radicado IUS E-2020-151987 IUC-D-2020-1479283, por medio de la cual, se dispuso la suspensión del cargo por el término de tres (3) meses, del señor Martín Eduardo Herrera León, como de personero municipal transitorio de San José de Cúcuta, con base en las siguientes consideraciones:

*“...que al parecer existe causal de incompatibilidad, toda vez, que terminado el período institucional como personero, el cual había iniciado el 16 de julio de 2016 y culminado el 29 de febrero de 2020, no podía ejercer cargo público en el respectivo municipio a partir del 1° de marzo de 2020 según lo previsto en el literal a) del artículo 175 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con lo señalado en el artículo 51 de la Ley 617 de 2000.”<sup>15</sup>*

En virtud de la decisión de la procuraduría, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, dispuso “*encargar de funciones*” al Secretario General de la Personería, Sergio Enrique Rodríguez Pantaleón del cargo de Personero Municipal, según consta en Acta 129 del 6 de julio de 2020.

Ahora bien, en relación con este argumento, debe distinguirse que una cosa es la suspensión en el ejercicio de un cargo público y otra muy distinta la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo, pues, son figuras que tienen una naturaleza, objeto y finalidades diversas. En efecto, la suspensión en el ejercicio de un cargo público, como consecuencia de una medida preventiva en materia disciplinaria, está regulada en el artículo 157 de la Ley 734 de 2002, que dispone:

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta. Auto de rectificación jurisprudencial del 27 de febrero de 2020, Radicación No. 17001-23-33-000-2019-00551-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

<sup>15</sup> Esta medida disciplinaria fue prorrogada por auto de 2 de octubre de 2020 providencia dictada por la Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal dentro de la actuación disciplinaria identificada con el radicado IUS E-2020-151987 IUC-D-2020-1479283.



**ARTÍCULO 157. SUSPENSIÓN PROVISIONAL. TRÁMITE.** Durante la investigación disciplinaria o el juzgamiento por faltas calificadas como gravísimas o graves, el funcionario que la esté adelantando podrá ordenar motivadamente la suspensión provisional del servidor público, sin derecho a remuneración alguna, siempre y cuando se evidencien serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite de la investigación o permite que continúe cometiéndola o que la reitere.

El término de la suspensión provisional será de tres meses, prorrogable hasta en otro tanto. Dicha suspensión podrá prorrogarse por otros tres meses, una vez proferido el fallo de primera o única instancia (...)

Por lo tanto, la suspensión en el ejercicio del cargo, es una medida cautelar que recae sobre la persona del funcionario o empleado, la cual se expide por el operador disciplinario en el marco de una actuación disciplinaria, con el fin de asegurar el éxito de la investigación e impedir que el procesado obstaculice, oculte o interfiera el trámite, mientras culmina el proceso. En tal sentido, su decreto no implica la terminación del vínculo laboral, sino la configuración de una falta temporal del servidor como lo prescribe el artículo 2.2.5.5.47 del Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”*<sup>16</sup>

La Corte Constitucional, respecto de la suspensión provisional en el ejercicio del cargo, en materia disciplinaria, en la Sentencia C-108 de 1995<sup>17</sup> explicó lo siguiente:

(...) la suspensión provisional, fundada en el hecho de adelantarse contra el empleado dentro de una investigación disciplinaria, por conductas merecedoras de destitución, no implica que se le estén vulnerando sus derechos al buen nombre - por cuanto no hay imputación definitiva y además es una medida provisional que **no genera una pérdida de empleo** ni hay aseveración alguna sobre la honra- ni al debido proceso, ya que en el curso de la investigación el empleado cuenta con el derecho de desvirtuar los cargos en su contra. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Por su parte, la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, como medida cautelar, corresponde decretarla a los jueces de la jurisdicción contenciosa administrativa, en el marco de un medio de control donde se controvierte la validez de un acto administrativo. En tal sentido, recae sobre la eficacia de los actos administrativos, en tanto, busca que a través de un pronunciamiento provisional por parte del juez, se ordene dejar sin efectos, de manera transitoria, un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico, mientras se decide el fondo del asunto con el fallo definitivo, por lo que la medida solo afecta el atributo de la ejecutoriedad de los mismos.

<sup>16</sup> **ARTÍCULO 2.2.5.5.47 Suspensión en ejercicio del cargo.** La suspensión provisional consiste en la separación temporal del empleo que se ejerce como consecuencia de una orden de autoridad judicial, fiscal o disciplinaria, la cual deberá ser decretada mediante acto administrativo motivado y generará la vacancia temporal del empleo.

El tiempo que dure la suspensión no es computable como tiempo de servicio para ningún efecto y durante el mismo no se cancelará la remuneración fijada para el empleo. No obstante, durante este tiempo la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, en la proporción que por ley le corresponde.

<sup>17</sup> Corte Constitucional Sentencia C-108 de 1995 15 de marzo de 1995. Ref.: Expediente No. D-666 Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa



Así las cosas, siendo figuras jurídicas distintas, en el caso *sub judice*, tenemos que la suspensión provisional del ejercicio del cargo del señor Martín Eduardo Herrera León, por el término de tres (3) meses, ordenada mediante providencia del 3 de marzo de 2020, dentro de la actuación disciplinaria con Radicado IUS E-2020-151987 IUC-D-2020-1479283, no tiene la virtualidad de dejar sin efectos el acto administrativo por el cual se le designó como “personero transitorio” de San José de Cúcuta, dado que el acto de vinculación laboral subsiste y permanece incólume. Como bien se dijo, los efectos de la medida adoptada por el organismo disciplinario, recae sobre la persona del servidor e implica, entre otros asuntos, que mientras dure la suspensión, este plazo no es computable como tiempo de servicio, ni podrá recibir remuneración alguna, pero en todo caso, durante este lapso, la entidad deberá seguir cotizando al Sistema Integral de Seguridad Social, como lo ordena el artículo 2.2.5.5.47 del Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”<sup>18</sup>.

De otro lado, en lo que tiene que ver con el “*encargo de funciones*”, provisto para proveer la “*vacancia temporal*”, hecha en cabeza del Secretario General de la Personería, Sergio Enrique Rodríguez Pantaleón, por el “*término que establezca la ley*”, como se lee en el acto correspondiente, debe interpretarse que no va más allá del vencimiento del plazo de la suspensión disciplinaria de que fue objeto el señor Martín Eduardo Herrera León. En este orden, desde el punto de su eficacia, el acto de designación efectuado al demandado, como “personero transitorio”, cuyos efectos se pide suspender, mantiene su vigencia, mientras no sea revocado, suspendido o anulado por esta jurisdicción u opere algún fenómeno jurídico de pérdida de fuerza ejecutoria de que trata el artículo 91 del CPACA.

A este respecto, esta Sección, ha señalado que no es lo mismo el “encargo del cargo” del “*encargo de funciones*”, pues, “**el encargo del cargo implica un reemplazo del titular del mismo, mientras que en el contexto del *encargo de funciones* éste continúa ocupándolo, a pesar de que por alguna situación administrativa no puede desempeñar el catálogo de funciones asignado a su empleo.**”<sup>19</sup>. En el presente caso, se presentó una “encargo de funciones”, por lo que el acto de designación del personero transitorio, se mantiene incólume.

<sup>18</sup> Al respecto la Sección Segunda del Consejo de Estado ha explicado: “*De otra parte, advierte la Sala que la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>18</sup> ha sostenido que la decisión judicial de suspender el cargo y en consecuencia el pago de salarios y prestaciones, **no implica que la relación laboral haya finalizado**, dicho acto contiene por una parte una condición resolutoria respecto de la vinculación laboral (numeral 4 del artículo 66 del C.C.A), que depende del resultado del proceso y de otra parte una condición suspensiva en relación con el derecho a percibir la remuneración.*” Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. sentencia de 22 de marzo de 2012. M.P.: Alfonso Vargas Rincon. Rad.:25000-23-25-000-2003-05439-01(0090-09).Actor:TeodomiroCarrilloGonzalez.Demandado: Direccion de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de ponente de 30 de noviembre de 2017, radicación 11001-03-28-000-2017-00035-00 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez. Ddo. Rector Encargado de la Universidad Surcolombiana.



En este orden, concluye la Sala, que el acto de designación contenido en el Acta No. Acta 057 de sesión del Concejo Municipal de San José de Cúcuta de fecha 29 de febrero de 2020, por el cual se designó al señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio, a partir del 1° de marzo de 2020 y hasta que se elija a quien va a desempeñar el cargo en propiedad, puede ser objeto de medida de suspensión provisional, en cuanto mantiene su vigencia, pese a la “suspensión del cargo”, con carácter transitorio efectuado por la Procuraduría General de la Nación al titular designado y el “encargo de funciones” efectuado al Secretario General de la Personería, que no implica la separación del empleo de quien ha sido encargado bajo esta modalidad.

## 2.5. Caso concreto

### 2.5.1. Respetto de la continuidad de suspensión del concurso de méritos

En relación con las irregularidades presentadas en el trámite desarrollado para proveer el cargo de personero de San José de Cúcuta, afirma la parte actora que la mesa directiva del concejo municipal al expedir **Resolución 063 de 25 de febrero de 2020**, por la cual decidió “continuar con la suspensión del concurso” y proceder a efectuar una nueva convocatoria para designar un personero transitorio, vulneró los artículos 88 y 91 de la Ley 1437 de 2011. Lo anterior, por cuanto se desconoció el atributo de la presunción de legalidad y el carácter vinculante de la Resolución 231 de 2019, a través de la cual se convocó y adopto las reglas del concurso para proveer de manera definitiva este cargo, en la medida que el Juzgado Tercero (3°) Administrativo Oral de Cúcuta, dispuso el levantamiento de la medida cautelar de suspensión provisional del acto de convocatoria, por lo que el concurso de méritos, retomó su carácter obligatorio, circunstancia que justifica que la mesa directiva del Concejo Municipal de San José de Cúcuta ha debido dar continuidad al proceso de elección.

En relación con este aspecto, debe señalarse que la medida cautelar impuesta por el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito, dentro del proceso de nulidad simple con radicado No. 54001-33-33-003-2019-00453-00, tuvo las siguientes vicisitudes:

Por auto del **11 de diciembre de 2019**, esta autoridad judicial decretó la suspensión provisional de las Resoluciones 231 del 7 de octubre de 2019, por la cual se convocó y reglamentó el concurso y 240 de 2019 del 16 de octubre de 2019, a través de la cual, se modificó el cronograma del concurso estableciendo el 7 de noviembre de 2019, como nueva fecha para la realización de la prueba escrita. En cumplimiento de dicha orden judicial, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta profirió la **Resolución 315 de 13 de diciembre de 2019**, por la cual ordenó continuar con la suspensión de la convocatoria, ya ordenada por la Resolución 302 de 4 de diciembre de 2019 con ocasión de las observaciones señaladas por la procuraduría a dicho proceso y dispuso ampliar sus efectos conforme a la orden judicial.



A su turno, mediante correo electrónico del **11 de febrero de 2020**, los señores Juan Guillermo Cuadros Castillo y Edward Alberto Varón Flórez, demandantes en el proceso de simple nulidad, en cuyo marco se adoptó la medida de suspensión provisional, presentaron solicitud de “*desistimiento de la medida cautelar*” y el Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, mediante auto de **17 de febrero de 2020**, aceptó dicho desistimiento, en aplicación al artículo 316 de Código General del Proceso.

Sin embargo, con ocasión del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Concejo Municipal contra el auto que aceptó el desistimiento, el Juzgado Tercero Administrativo Oral de Cúcuta, mediante **Auto del 28 de febrero de 2020**, decidió “*abstenerse de pronunciarse*” por considerar que el Concejo Municipal carecía de personería y capacidad jurídica para ser parte en el proceso. Sin embargo, en esta misma providencia dejó sin efectos el auto por medio de la cual se “*aceptó el desistimiento*”, por considerar que se había desconocido el artículo 235 del CPACA, y dispuso que la medida cautelar decretada mediante proveído del 11 de diciembre de 2019, “*continúa vigente*”.

En este orden, concluye la Sala, con base en las providencias emitidas por la autoridad judicial, que el concurso de méritos para proveer el cargo de personero para el período 2020-2024, convocado mediante la Resolución 231 del 7 de octubre de 2019, por la mesa directiva del Concejo Municipal de San José de Cúcuta, en este momento se encuentra suspendido mientras no se provea algo distinto.

Ahora bien, específicamente, respecto de la **Resolución 063 de 25 de febrero de 2020**, de la mesa directiva del Concejo Municipal, por la cual se dispuso continuar con la suspensión de la convocatoria para proveer el cargo de Personero (a) Municipal de San José de Cúcuta para el periodo 2020-2024, por considerar que no se había producido decisión de fondo dentro del proceso de nulidad simple ya referido<sup>20</sup>, estima la Sala que no vulneró el artículo 88 y 91 de la Ley 1437 de 2011, habida cuenta que, si bien, para ese momento, ya se había aceptado “*el desistimiento*” de la medida cautelar solicitada, por auto del 17 de febrero de 2020, en todo caso, al formularse recurso de apelación, dicho auto no cobró ejecutoria, al tenor del artículo 302 del CGP<sup>21</sup>. Por el contrario, al expedirse el auto del 28 de febrero de 2020, que resolvió “*dejar sin efectos*”, el auto que aceptó el desistimiento, volvió a cobrar vigencia la suspensión provisional, tantas veces referenciada.

---

<sup>20</sup> Las razones que se invocaron en la resolución No. 063 del 25 de febrero de 2020, para continuar con la suspensión de la convocatoria para proveer el cargo de personero, refieren “*hasta que el juez competente se pronuncie de fondo de cada una de las solicitudes procesales y medidas presentadas por la corporación dentro de la acción de nulidad simple adelantada por el Juzgado Tercero Administrativo de Oralidad dentro de la acción de nulidad simple, Radicado No. 54001-33-33-003-2019-00453-00*”

<sup>21</sup> El artículo 302 del CGP dispone que las providencias “*que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.*” (subrayado fuera de texto).



En estas condiciones, no se advierte razón para considerar que la Resolución 063 de 25 de febrero de 2020, fue expedida contraviniendo el ordenamiento jurídico superior y, por tanto, la alegada obligatoriedad de la convocatoria no podía ser exigible.

### 2.5.2. Sobre la improcedencia de designar un personero transitorio

Así mismo, consideran los demandantes que con la expedición de la **Resolución 064 de 2019**, por la cual se decide invitar a la ciudadanía en general para participar en la convocatoria para la designación del “personero transitorio”, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta, desconoció las previsiones contenidas en el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, en cuanto dispone el procedimiento para suplir las faltas temporales y absolutas de los personeros municipales, sin que allí se prevea la celebración de una invitación pública a la ciudadanía en general para elegir un “personero transitorio”. Así las cosas, ante el vencimiento del período del personero municipal, sin haberse podido realizar el concurso de méritos, por las vicisitudes presentadas, lo que se imponía era encargar transitoriamente al funcionario que estuviere ocupando el empleo inmediatamente anterior en la jerarquía, como lo dispone la norma invocada.

Por su parte, la apoderada del demandado insiste en la legalidad del acto de convocatoria para designar un personero transitorio y la nominación hecha en favor del señor Martín Eduardo Herrera León, mientras culmina el concurso, dado que la situación de la personería de San José de Cúcuta, se enmarca en una circunstancia *sui generis* al haberse iniciado el concurso de méritos para la elección del personero municipal, periodo constitucional 2020-2024 y, a su turno, haberse suspendido el mismo, por orden judicial, lo que hace que no se configure una falta temporal de aquellas estipuladas en el artículo 99 de la Ley 136 de 1994 y, por siguiente, la hipótesis del artículo 172 *ibidem* que ordena encargar al funcionario que le siga en jerarquía al cargo de personero municipal. Así mismo, tampoco se edifica una falta absoluta por cuanto las mismas se encuentran establecidas en el artículo 98 de este compendio normativo. En este orden, concluye que al no haber norma aplicable, el concejo municipal debía realizar la designación en la forma como se hizo para evitar la paralización de la personería.

Al respecto encuentra la Sala que no le asiste razón al demandado, al afirmar la alegada indeterminación sobre el tipo de falta que se configura cuando hay vencimiento del periodo, se ha iniciado el concurso de méritos y este ha sido suspendido por orden judicial, pues, esta circunstancia constituye una provisión transitoria que a la luz del artículo 172 de la Ley 136 de 1994, impone designar a quien inmediatamente siga en jerarquía al cargo de personero municipal.

En efecto, el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, dispone:

“Artículo 172.- Falta absoluta del personero. En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante.



Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente Ley. Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero.” (Subraya la Sala)

De lo anterior se deriva que cuando se ha convocado al concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal y el período del antecesor ha vencido, y se han presentado circunstancias que han originado que no se haya podido elegir al nuevo funcionario, se presenta una interinidad que es necesario suplir mientras culmina el concurso. La provisión que deba hacerse para suplir la vacancia, se entiende hecha de manera transitoria, pues esta designación por su carácter temporal, no puede ir más allá del término estrictamente necesario mientras se logre terminar el proceso de elección, atribuida a esta corporación administrativa en el artículo 313 numeral 8º de la Carta, en concordancia con el artículo 170<sup>22</sup> de Ley 136 de 1994.

En efecto, el vencimiento del periodo institucional de los personeros, que se encuentra previsto en el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, genera una *falta absoluta* que impone desarrollar el concurso de méritos ordenado en esta norma. Sin embargo, ante la imposibilidad de contar con el nuevo funcionario por haberse presentado vicisitudes en el concurso de méritos, como ocurre en el presente caso, implica que deba designarse a alguien temporalmente, para proveer transitoriamente dicho empleo, hasta tanto culmine el proceso de selección. En esa medida, la hipótesis del inciso 2º del artículo 172 de la ley *ibídem*, según la cual, “*Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero*”, tiene plena vigencia y debe atenderse de manera estricta.

Así lo ha entendido la Sala de Consulta y Servicio Civil<sup>23</sup>, quien ha interpretado que frente a la contingencia de que el concurso fracase, sea suspendido, o no haya culminado, por razones exógenas a la corporación que deba proveerlo, se configura una falta temporal que daría lugar a llenar esta vacancia con la situación administrativa que ordena el artículo 172 de la ley *ibídem*, como se indica a continuación:

“Con independencia de la denominación formal del tipo de vacancia que se presenta en la hipótesis consultada, el cargo de personero solo puede ser provisto de manera transitoria y por el tiempo estrictamente necesario para adelantar o culminar el concurso público de méritos que permita su elección.”

En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 172 de la Ley 136 de 1994 y 98 del Decreto 1421 de 1993, si vencido el periodo de un personero no se ha producido la elección de quien ha de remplazarlo, el empleo podrá ser

<sup>22</sup> Art. 170. “Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año (...).”

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Edgar González López. 16 de febrero de 2016. Rad No.2283. Expediente: 11001-03-06-000-2016-00022-00



desempeñado temporalmente por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía, siempre que reúna los requisitos para ocupar el cargo, mediante la figura de encargo por parte del concejo municipal. (...) (subrayado fuera de texto).

En cualquier caso las anteriores designaciones son transitorias, no pueden superar los tres (3) meses y en ningún caso liberan al concejo municipal o distrital de su obligación de adelantar con la mayor celeridad posible el concurso público de méritos que permita la elección definitiva del personero”.

Lo mismo ha señalado, esta Sala Electoral<sup>24</sup> quien ha manifestado lo siguiente:

“La normatividad existente sobre el poder de nominación con que cuentan los concejos municipales para efectuar el nombramiento de los personeros proviene de la misma Constitución, pues allí se establece que a esas corporaciones administrativas compete “Elegir Personero para el período que fije la ley...” (Art. 313.8); y en la Ley 136 del 2 de junio de 1994 “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”, se desarrolla esa competencia constitucional en los siguientes preceptos:

“Artículo 35.- Elección de funcionarios. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde. Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso.”

“Artículo 172.- Falta absoluta del personero. En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante.

Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero. En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente Ley. Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero.”

Las disposiciones anteriores permiten arribar a las siguientes conclusiones. En primer lugar, que la designación en interinidad únicamente opera frente a las faltas temporales del personero titular, quedando habilitado para hacerla, según el caso, el mismo personero cuando dentro de la nómina del personal a su cargo exista un funcionario que le siga en jerarquía y cumpla con las calidades y requisitos para el desempeño del cargo; también puede hacer la designación en encargo el propio concejo si no se puede acudir al mecanismo anterior, y si el concejo no lo puede hacer porque no se encuentra sesionando, será el alcalde municipal o distrital quien efectúe la designación en encargo. (...)

Conforme a lo expuesto se concluye que con la expedición de la Resolución 064 de 2019, por parte de la duma municipal, que convocó a la elección de personero transitorio y se señalaron las reglas de este nuevo concurso, se quebrantó el artículo 172 de la ley 136 de 1994 y, por consiguiente se afectó la validez del Acta 057 de la sesión del Concejo Municipal de San José de Cúcuta de fecha 29 de febrero de 2020, por el cual se designó al señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio, a partir del 1° de marzo de 2020 y hasta que se elija quien va a desempeñar el cargo en propiedad, por lo que fuerza concluir que debe suspenderse provisional de los efectos del acto acusado.

<sup>24</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Sentencia de 4 de febrero de 2010 .M.P. Maria Nohemí Hernandez Pinzón Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00457-02 Actor: Edilberto Peralta Borja Demandado: Personero del Municipio de Candelaria.



### 2.5.3. Violación del régimen de incompatibilidades de los personeros

Finalmente, arguyen los accionantes que se incurrió en violación del régimen de incompatibilidades previsto artículo 175, literal a) de la Ley 136 de 1994, al haberse efectuado un nombramiento transitorio al señor Martín Eduardo Herrera León, después de haber ejercido el cargo de personero municipal en propiedad, dado que esta norma consagra la prohibición de desempeñar cargo público en el respectivo municipio, durante los 12 meses siguientes al vencimiento del período, en armonía con el artículo 51 de la Ley 617 de 2000.

En efecto, el artículo 175 literal a) de la ley *ibídem* señala:

**ARTÍCULO 175. INCOMPATIBILIDADES.** Además de las incompatibilidades y prohibiciones previstas para los alcaldes en la presente Ley en lo que corresponda a su investidura, los personeros no podrán:

- a) Ejercer otro cargo público o privado diferente;
- b) Ejercer su profesión, con excepción de la cátedra universitaria. (Subrayado fuera de texto)

Por su parte, el artículo 51 de la Ley 617 de 2000, establece:

**“ARTICULO 51. EXTENSION DE LAS INCOMPATIBILIDADES DE LOS CONTRALORES Y PERSONEROS.** Las incompatibilidades de los contralores departamentales, distritales y municipales y de los personeros distritales y municipales tendrán vigencia durante el período para el cual fueron elegidos y hasta doce (12) meses posteriores al vencimiento del período respectivo o la aceptación de la renuncia.”

Al respecto es necesario señalar que las incompatibilidades son aquellas actuaciones que no pueden realizarse durante el desempeño de un cargo, por resultar contrarias al deber de dedicación exclusiva que exige el desempeño de la función pública. En otros términos, son circunstancias taxativamente señaladas en la constitución o la ley, que ocurren con posterioridad al nombramiento o elección, que restringen la posibilidad de ejercer coetáneamente tareas públicas o privadas en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o confluencia de tareas no conciliables. La Sección Quinta ha sostenido, insistentemente, que las incompatibilidades no pueden aducirse como fundamento de la nulidad de una elección, sin que haya una norma que así lo señale.

No obstante, la prohibición objeto de examen, consistente en no ocupar un empleo público o privado durante los doce (12) meses posteriores al vencimiento del período del cargo de personero, describe una conducta prohibitiva constitutiva de una incompatibilidad a la luz del precepto antes mencionado, pero que se torna en inhabilidad para asumir un nuevo empleo público, durante dicho lapso de tiempo.<sup>25</sup>

<sup>25</sup> “Así las cosas, la prohibición dirigida al gobernador o a quien sea designado en su reemplazo – sin importar el título–, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes al vencimiento del período para el cual fue



Así entonces, su configuración contiene un *elemento objetivo*, consistente en no ocupar empleo público o privado diferente al de personero, un *elemento temporal*, según el cual, esta incompatibilidad que conlleva una inhabilidad opera durante todo el período para el cual fue elegido y doce (12) meses más después del vencimiento del mismo o a la aceptación de la renuncia. Aunque la disposición no precisa un *elemento espacial*, debe señalarse que su correcto entendimiento es que la conducta prohibitiva no se ejecute en el respectivo municipio, pues lo que se busca evitar es que el personero municipal, después de haber ejercido la función de control y vigilancia de la gestión pública municipal, bien como veedor ciudadano o como ministerio público, que lo hace titular prevalente de la potestad disciplinaria frente a quienes desempeñen funciones públicas municipales, se sirva o beneficie de su gestión para lograr una nominación en un cargo en la misma entidad territorial. Entenderlo en un sentido más amplio desborda el sentido de la norma y desproporciona su aplicación.

En el caso *sub judice*, los presupuestos normativos de la incompatibilidad que se torna en inhabilidad para ocupar cargos públicos, prevista en el artículo 175 literal a) de la Ley 136 de 1994, llevan a la Sala a concluir que no se presenta, pues, a pesar de que se puede entender satisfecho el *elemento temporal*- al haberse realizado el nombramiento dentro de los doce (12) meses siguientes- y el *elemento espacial* – en razón a que la elección se realizó en San José de Cúcuta- la designación efectuada al señor Martín Eduardo Herrera León, por el concejo municipal de San José de Cúcuta, se produjo en el mismo organismo que regenta como personero transitorio y la norma prohibitiva se refiere a la hipótesis de “*Ejercer otro cargo público o privado diferente*”, entendiéndose diferente al de personero municipal, de forma que el elemento objetivo no se cumple.

## Conclusión

La Sala revocará el auto del 19 de agosto de 2020, proferido por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que negó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio de San José de Cúcuta, por encontrar que el argumento planteado en el recurso de apelación, relacionado con la vulneración del artículo 172 de Ley 136 de 1994, tiene el mérito suficiente para modificar la decisión del *a quo*, en cuanto logra demostrar, en esta etapa procesal, que el concejo municipal no acató los lineamientos normativos para la suplir la vacancia del cargo del personero en el citado municipio.

En mérito de lo expuesto, la Sala

---

elegido o designado, pese a la impropiedad de los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 que la reducen a una causal de incompatibilidad, materialmente, constituye una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos. En tal virtud, quien habiendo ejercido como gobernador, se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, como es el caso de la Asamblea Departamental, dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad para ser elegido diputado.” (Corte Constitucional, Sentencia SU 625 de 2015).





### 3. RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander contenida en el auto del 19 de agosto de 2020 y, en su lugar, decretar la suspensión provisional de los efectos del Acta No. 057 del Concejo Municipal de San José de Cúcuta de fecha 29 de febrero de 2020, por el cual se designó al señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio, a partir del 1° de marzo de 2020 y hasta que se elija quien va a desempeñar el cargo en propiedad, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

**SEGUNDO: ADVERTIR** a los sujetos procesales que según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 244 del CPACA, contra lo resuelto no procede ningún recurso.

**TERCERO:** En firme esta providencia, remitir el proceso al Tribunal Administrativo de Norte de Santander para lo de su cargo.

### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA**  
Presidente

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
Magistrada  
(Aclaración de voto)

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**  
Magistrada  
(Salvamento de voto)

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Magistrado  
(Aclaración de voto)





## **NULIDAD ELECTORAL – La conversión de la incompatibilidad en inhabilidad debió desarrollarse de manera más profunda para evitar confusiones conceptuales**

[C]onsidero que debió revisarse con mucho más cuidado la afirmación referente a que la incompatibilidad fijada en el numeral 1 del artículo 175 de la Ley 136 de 1994 aplica para todos los cargos públicos salvo el de personero. (...). Al respecto, debe tenerse en cuenta que efectivamente la norma en mención se refiere a las incompatibilidades para ser personero, es decir, desde el punto de vista de quien ya ocupa un cargo público y desea participar en los procesos de selección de personero municipal. Sin embargo, no puede dejarse de lado que el numeral 2 del artículo 174 de la misma Ley 136 de 1994 establece como inhabilidad para ser personero haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, sin hacer distinción o exclusión alguna al caso puntual del cargo en cuestión, por lo que al no haber hecho diferenciación el legislador, tampoco le es dable al intérprete hacerla. Entonces, si bien es cierto en el caso concreto la acusación se refería a la posible configuración de la incompatibilidad en comento, debe tenerse en cuenta que como bien se afirmó en la providencia, la misma puede tornarse en inhabilidad para asumir un nuevo cargo público, por lo que su estudio debe hacerse de manera conjunta y sistemática con toda la normativa que rige la materia. Además, la conversión de la incompatibilidad en inhabilidad pudo haberse desarrollado de manera más profunda con el fin de evitar confusiones conceptuales frente a las dos figuras y sus alcances en materia de nulidad electoral. Insisto en este punto, porque de la lectura desprevenida de la afirmación que se hace en el auto según la cual, lo censurado o prohibido es “ejercer otro cargo público diferente al de personero” se puede entender que de manera equivocada que quien haya ejercido el cargo de personero dentro de los 12 meses anteriores a su nueva designación en propiedad o en encargo, está habilitado para volverlo a ocupar, con lo que se podría desconocer no sólo el numeral 2 del artículo 174 de la misma Ley 136 de 1994, sino también la demás normativa que rige la materia y la extensa jurisprudencia que en materia de inhabilidades e incompatibilidades se ha proferido por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado. (...). [D]ebió haberse partido de la declaratoria de inexecutable de la expresión “en ningún caso habrá reelección de los personeros” del artículo 172 de la misma ley, efectuada por la Corte Constitucional en Sentencia C-267 de 1995. En dicho pronunciamiento se evidenció una posible violación del principio de igualdad dada la imposibilidad de los personeros de participar en su propia designación, pero se dejó claro que corresponde al legislador, regular la materia e introducir las limitaciones que considerara pertinentes siempre y cuando se ajusten a la Carta Política, limitaciones como las contenidas en el artículo 174 de la plurimencionada Ley 136 de 1994 que parece haberse dejado de lado en el caso concreto. Así las cosas, reitero, desde mi punto de vista, para arribar a la conclusión propuesta en el proyecto, se debió realizar un análisis profundo y detallado que partiera de la referida sentencia de constitucionalidad y que tuviera en cuenta, el ordenamiento jurídico en general en materia de personeros y todo lo que ha dicho esta Sala en materia de reelección de personeros. Además, ese análisis podía obviarse en esta providencia toda vez que la vulneración del artículo 172 de la Ley 136 de 1994 resultaba suficiente para revocar la decisión apelada del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y en su lugar, decretar la suspensión provisional del acto acusado. (...). [P]ara su desarrollo y efectuar una exclusión de esta naturaleza no



bastaba con el análisis aislado y literal del numeral 1 del artículo 175 sino que se requería del estudio integral y sistemático de la materia.

**FUENTE FORMAL:** LEY 136 DE 1994 - ARTÍCULO 172 / LEY 136 DE 1994 - ARTÍCULO 174 NUMERAL 2 / LEY 136 DE 1994 - ARTÍCULO 175 NUMERAL 1

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCIÓN QUINTA**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO DE CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Radicación número: 54001-23-33-000-2020-00506-01**

**Actor: PROCURADORES 98 JUDICIAL I Y 24 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE CÚCUTA**

**Demandado: MARTÍN EDUARDO HERRERA LEÓN - PERSONERO MUNICIPAL TRANSITORIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA**

#### **ACLARACIÓN DE VOTO**

---

Con el respeto acostumbrado por la posición de la Sala, debo manifestar que aunque comparto el sentido de la providencia proferida el 19 de noviembre de 2020 dentro del proceso de la referencia, a través del cual se resolvió el recurso de apelación presentado contra la decisión del 19 de agosto de 2020 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander en el sentido de revocarla, para en su lugar, decretar la suspensión provisional de la designación del demandado como personero transitorio del municipio de Cúcuta, aclaro mi voto.

Lo anterior por cuanto considero que debió revisarse con mucho más cuidado la afirmación referente a que la incompatibilidad fijada en el numeral 1 del artículo 175 de la Ley 136 de 1994 aplica para todos los cargos públicos salvo el de personero a la luz de las demás normas que rigen la figura y los pronunciamientos que esta misma Sala haya proferido al respecto.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que efectivamente la norma en mención se refiere a las incompatibilidades para ser personero, es decir, desde el punto de vista de quien ya ocupa un cargo público y desea participar en los procesos de selección de personero municipal.

Sin embargo, no puede dejarse de lado que el numeral 2 del artículo 174 de la misma Ley 136 de 1994 establece como inhabilidad para ser personero haber ocupado durante el año anterior, cargo o empleo público en la administración central o descentralizada del distrito o municipio, sin hacer distinción o exclusión



alguna al caso puntual del cargo en cuestión, por lo que al no haber hecho diferenciación el legislador, tampoco le es dable al intérprete hacerla.

Entonces, si bien es cierto en el caso concreto la acusación se refería a la posible configuración de la incompatibilidad en comento, debe tenerse en cuenta que como bien se afirmó en la providencia, la misma puede tornarse en inhabilidad para asumir un nuevo cargo público, por lo que su estudio debe hacerse de manera conjunta y sistemática con toda la normativa que rige la materia.

Además, la conversión de la incompatibilidad en inhabilidad pudo haberse desarrollado de manera más profunda con el fin de evitar confusiones conceptuales frente a las dos figuras y sus alcances en materia de nulidad electoral.

Insisto en este punto, porque de la lectura desprevenida de la afirmación que se hace en el auto según la cual, lo censurado o prohibido es “ejercer otro cargo público **diferente al de personero**” se puede entender que de manera equivocada que quien haya ejercido el cargo de personero dentro de los 12 meses anteriores a su nueva designación en propiedad o en encargo, está habilitado para volverlo a ocupar, con lo que se podría desconocer no sólo el numeral 2 del artículo 174 de la misma Ley 136 de 1994, sino también la demás normativa que rige la materia y la extensa jurisprudencia que en materia de inhabilidades e incompatibilidades se ha proferido por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

Bajo esta perspectiva, considero entonces que lo indicado era haber hecho el estudio integral de la normativa y no haberse limitado a su interpretación literal aislada, estudio en el cual debió haberse partido de la declaratoria de inexecutable de la expresión “en ningún caso habrá reelección de los personeros” del artículo 172 de la misma ley, efectuada por la Corte Constitucional en Sentencia C-267 de 1995.

En dicho pronunciamiento se evidenció una posible violación del principio de igualdad dada la imposibilidad de los personeros de participar en su propia designación, pero se dejó claro que corresponde al legislador, regular la materia e introducir las limitaciones que considerara pertinentes siempre y cuando se ajusten a la Carta Política, limitaciones como las contenidas en el artículo 174 de la plurimencionada Ley 136 de 1994 que parece haberse dejado de lado en el caso concreto.

Así las cosas, reitero, desde mi punto de vista, para arribar a la conclusión propuesta en el proyecto, se debió realizar un análisis profundo y detallado que partiera de la referida sentencia de constitucionalidad y que tuviera en cuenta, el ordenamiento jurídico en general en materia de personeros y todo lo que ha dicho esta Sala en materia de reelección de personeros.

Además, ese análisis podía obviarse en esta providencia toda vez que la vulneración del artículo 172 de la Ley 136 de 1994 resultaba suficiente para



revocar la decisión apelada del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y en su lugar, decretar la suspensión provisional del acto acusado.

Entiendo, que el punto fue propuesto en la solicitud de suspensión provisional, pero para su desarrollo y efectuar una exclusión de esta naturaleza no bastaba con el análisis aislado y literal del numeral 1 del artículo 175 sino que se requería del estudio integral y sistemático de la materia.

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

*Fecha ut supra*

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**  
Magistrado

### **SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Ante la duda sobre la violación de la norma debe negarse la solicitud de la medida cautelar**

LA DECISIÓN DE LA QUE ME APARTO NO DEMOSTRÓ LA VIOLACIÓN EFECTIVA DEL ARTÍCULO 172 DE LA LEY 136 DE 1994. (...). [L]a vulneración que exige la medida cautelar de suspensión requiere de la total certidumbre de la oposición del acto frente al ordenamiento superior que le es aplicable, por lo que cualquier estado de “duda” en la materia debe ser definido en favor de su juridicidad, a través de la negativa de su decreto. (...). [L]as contradicciones que puedan producirse en la interpretación de la norma que funda la solicitud de suspensión provisional o las deficiencias que impidan catalogar el desconocimiento alegado como definitivo, conllevan la negativa de la procedencia de la cautela deprecada. Bajo estas explicaciones, afirmé en las discusiones que antecedieron la adopción del auto de 19 de noviembre de 2020 que la transgresión del artículo 172 de la Ley 136 de 1994, que sustentaba la decisión suspensiva de los efectos del acto censurado, no se presentaba clara ni “cristalina” ante la existencia de argumentos que generaban, a lo menos, un estado de duda sobre la violación de la norma en esta fase primaria del proceso. (...). [E]n mi sentir, la situación jurídica y fáctica que había sustentado la designación transitoria del acusado no podía ser tenida como una falta temporal del cargo de personero, teniendo en cuenta que las circunstancias que rodeaban el asunto no podían ser subsumidas en los fundamentos que cimentaban la existencia de este tipo de causales en el orden jurídico colombiano. Por lo anterior, resalté que las faltas temporales correspondían a situaciones que separaban al personero en propiedad de sus funciones, durante el periodo institucional establecido, bajo la expectativa del regreso del servidor. En cambio, la designación del demandado tenía como fundamento la ausencia definitiva de personero, habida cuenta de la terminación del periodo del titular y las vicisitudes judiciales experimentadas por el concurso público seguido para ello. En segundo lugar, amparada en el régimen jurídico de las personerías, consideré que la circunstancia a la base del acto demandado no podía ser entendida como una falta temporal que llevara a aplicar, en principio, los métodos de provisión del cargo mediante el uso del encargo al que hacía referencia el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, pues el caso descrito en la



solicitud de suspensión provisional no encuadraba en ninguno de los eventos descritos en el artículo 98 *ejusdem*, contenido de ese tipo de faltas. Así, sostuve que la lectura armónica de los artículos 99 y 176 de la Ley 136 de 1994 permitía afirmar que las faltas temporales de los personeros se reducían a: (i) las vacaciones; (ii) los permisos; (iii) las licencias; (iv) la incapacidad física transitoria; (v) la suspensión provisional del cargo dentro de proceso disciplinario, fiscal o penal; (vi) la suspensión provisional de la elección; y (vii) la ausencia forzada e involuntaria; que no comprendían la ausencia de personero una vez el periodo institucional del elegido había finalizado sin que su reemplazo hubiere sido designado. En tercer lugar, aseveré que, aunque la utilización de los métodos establecidos en el artículo 172 *ibidem* para estos eventos fue apoyada por la Sección en el concepto de 16 de febrero de 2016, expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sus previsiones no resultaban obligatorias para el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, si se atendía a los mandatos del artículo 112 del C.P.A.C.A. que prescribía que sus conceptos no serían vinculantes, salvo que la ley dispusiera lo contrario, lo que no sucedía en el sub-judice. (...). De esta manera, y teniendo en cuenta que la situación descrita con la solicitud provisional de los efectos del acto acusado no podía ser ciertamente catalogada como una falta temporal del cargo de personero –al tratarse de un evento sui generis en el que la provisión del empleo se producía como consecuencia de la finalización del periodo del personero saliente y las demoras en el procedimiento de selección de su reemplazo–, estimé que, contrario a lo defendido por mis pares de Sala, la transgresión normativa del artículo 172 de la Ley 136 de 1994 no estaba plenamente demostrada y, por consiguiente, la medida cautelar deprecada debía ser negada.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la solicitud de suspensión provisional del acto de elección de un personero que se negó debido a los cuestionamientos existentes sobre la procedencia de la medida, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia de 2 de abril de 2020.

**FUENTE FORMAL:** LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 112 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 98 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 99 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 170 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 172 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 176

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

#### SALVAMENTO DE VOTO DE LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de dos mil veinte (2020)

**Radicación número: 54001-23-33-000-2020-00506-01**

**Actor: PROCURADORES 98 JUDICIAL I Y 24 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE CÚCUTA**

**Demandado: MARTÍN EDUARDO HERRERA LEÓN - PERSONERO MUNICIPAL TRANSITORIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA**





## Referencia: NULIDAD ELECTORAL

### AUTO – SALVAMENTO DE VOTO

Con el debido respeto, manifiesto las razones por las cuales salvo mi voto respecto de la providencia de 19 de noviembre de 2020, por medio de la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado revocó la decisión de 19 de agosto de la presente anualidad, dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, para, en su lugar, acceder a la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, elevada con la demanda. Ello, con base en los argumentos que se despliegan enseguida:

#### I. SÍNTESIS DEL CASO DECIDIDO POR LA SALA

Una lectura detallada de los antecedentes de la providencia que genera este voto disidente permite advertir que, con la expedición del acto demandado, el Concejo Municipal de San José de Cúcuta ofreció una salida jurídica a la interinidad que acechaba a la Personería de la ciudad, tras la finalización del periodo institucional del Personero en propiedad<sup>26</sup> y la suspensión judicial<sup>27</sup> del concurso público de méritos que pretendía elegir a su sucesor.

Con ese propósito, y en aras de garantizar la continuidad en la prestación de los servicios del Ministerio Público durante el tiempo en que duraría el procedimiento eleccionario suspendido, el Concejo Municipal designó<sup>28</sup> al demandado **personero transitorio**, hasta tanto se escogiera al ciudadano que desempeñaría el cargo en propiedad.

La legalidad de este acto fue censurada por los demandantes, mediante el uso del medio de control de nulidad electoral, al considerar que había transgredido, entre otras disposiciones, el artículo 172 de la Ley 136<sup>29</sup> de 1994, que pregonaba que las **faltas temporales** de los personeros distritales o municipales debían ser suplidas a través del instituto del **encargo** en favor del “...funcionario de la personería que le [siguiere] en jerarquía”, “...siempre que [reuniera] las mismas calidades...”; y no a través de la realización de una convocatoria<sup>30</sup>, como lo había efectuado el Concejo de esa ciudad.

Sobre la base de estos argumentos, los actores solicitaron la suspensión provisional de los efectos del Acta N°. 057 de 29 de febrero de 2020 –contentiva

<sup>26</sup> De acuerdo con el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, “Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente. **Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año.**” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

<sup>27</sup> En el marco del trámite judicial 54001-33-33-003-2019-00453-00, adelantando contra las resoluciones de la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta que convocaron y reglamentaron el concurso de méritos.

<sup>28</sup> A través de Acta N°. 057 de 29 de febrero de 2020.

<sup>29</sup> “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.”

<sup>30</sup> Resolución 064 del 25 de febrero de 2020, con la que la Mesa Directiva del Concejo de Cúcuta invitó “a los ciudadanos interesados en participar como candidato al cargo de Personero Municipal **transitorio** de San José de Cúcuta”.



de la decisión administrativa acusada—, que fue despachada desfavorablemente por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander; y declarada próspera en el trámite de la apelación conocido por la Sección Quinta, en la providencia que origina este salvamento de voto, acogiendo para ello la posición expuesta por los demandantes.

## II. LA DECISIÓN DE LA QUE ME APARTO NO DEMOSTRÓ LA VIOLACIÓN EFECTIVA DEL ARTÍCULO 172 DE LA LEY 136 DE 1994

Mucho se ha dicho acerca de las novedades que acompañaron la aparición de la Ley 1437 de 2011 en lo que respecta a las medidas cautelares<sup>31</sup>. Por citar un solo ejemplo, se ha referido que el decreto de la suspensión provisional de los efectos del acto no necesita ya de la existencia de una infracción normativa obvia, de bulto o grosera, como lo exigía el artículo 152 del Decreto N°. 01<sup>32</sup> de 1984 que, en su tenor literal, prescribía:

“ARTÍCULO 152. El Consejo de Estado y los tribunales administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

(...)

2. Si la acción es de nulidad, **basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma**, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

La evidencia de la transgresión requerida en el pasado por el Código Contencioso Administrativo fue superada mediante el uso de una fórmula un tanto más simple que solo obligó a demostrar la vulneración de la norma superior para proceder a la suspensión del acto demandado; y que habilitó a los jueces administrativos a desarrollar estudios previos de legalidad que no implican, sin embargo, prejuzgamiento<sup>33</sup>.

En ese orden, el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011 plasmó en su cuerpo:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos **procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado**, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.” (Negrilla fuera de texto)

Pero, a pesar de la “flexibilidad” implantada por el CPACA, lo cierto es que la suspensión de los efectos de la decisión administrativa acusada se supedita todavía a la existencia de una transgresión normativa de las disposiciones alegadas por los actores en la demanda o en escritos separados, como garantía del actuar administrativo que no podría ser paralizado ante “impresiones” de ilegalidad primigenia, resultantes de una primera aproximación al caso concreto.

En otros términos, la vulneración que exige la medida cautelar de suspensión requiere de la total certidumbre de la oposición del acto frente al ordenamiento

<sup>31</sup> A manera de ejemplo: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2020-00055-00. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

<sup>32</sup> “Por el cual se reforma el Código Contencioso Administrativo.”

<sup>33</sup> Art. 229 del C.P.A.C.A.



superior que le es aplicable, por lo que cualquier estado de “duda” en la materia debe ser definido en favor de su juridicidad, a través de la negativa de su decreto.

Al respecto, en providencia de 2 de abril de 2020, la Sección Quinta del Consejo de Estado señaló:

“Como quedó expuesto en los antecedentes de este proveído, la Sección Quinta del Consejo de Estado debe establecer, si de conformidad con las pruebas allegadas al proceso, procedía la declaratoria de suspensión de los efectos del acto de elección del demandado, como Personero del Municipio de Quibdó, periodo 2020-2024, tal y como fuese ordenado por el Tribunal Administrativo del Chocó, en la decisión recurrida de veintiséis (26) de febrero de dos mil veinte (2020).

La respuesta al interrogante planteado **es negativa**, pues, en este estadio del proceso, y tomando en cuenta las posiciones jurisprudenciales divergentes defendidas tanto por la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado, los medios de convicción allegados por las partes no permiten acreditar con total certidumbre que el acto de elección acusado contradiga la disposición normativa contenida en el literal j) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En efecto, los enfoques ofrecidos por las interpretaciones dadas por la Corte Constitucional y este Alto Tribunal a la norma bajo estudio, **lleva a decisiones contradictorias que implantan importantes cuestionamientos sobre la procedencia de la medida cautelar en el sub iudice**, toda vez que, de entrada, debe zanjarse la discusión de cuál de las dos tesis jurisprudenciales debe ser la imperante en la materia, lo que supone el desarrollo de un examen normativo y probatorio propio de la sentencia, como en otras ocasiones ha sido explicado por la Sección Quinta del Consejo de Estado<sup>34</sup> y fue recordado por el apelante.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

Se desprende de lo anterior que las contradicciones que puedan producirse en la interpretación de la norma que funda la solicitud de suspensión provisional o las deficiencias que impidan catalogar el desconocimiento alegado como definitivo, conllevan la negativa de la procedencia de la cautela deprecada.

Bajo estas explicaciones, afirmé en las discusiones que antecedieron la adopción del auto de 19 de noviembre de 2020 que la transgresión del artículo 172 de la Ley 136 de 1994, que sustentaba la decisión suspensiva de los efectos del acto censurado, no se presentaba clara ni “cristalina” ante la existencia de argumentos que generaban, a lo menos, un **estado de duda** sobre la violación de la norma en esta fase primaria del proceso.

En efecto, para la mayoría de integrantes de la Sala, la interinidad de la Personería de Cúcuta –como consecuencia de la terminación del periodo del personero en propiedad y la suspensión del concurso de méritos que buscaba reemplazarlo– debía ser tomada como una **“falta temporal”** del cargo que conllevaba suplirlo a través de los métodos establecidos en el artículo 172 *eiusdem*, y en especial mediante el encargo del funcionario de dicha institución que siguiera en jerarquía al personero saliente y cumpliera con los requisitos para desempeñarlo.

Así, la providencia de 19 de noviembre de 2020 reseñó:

<sup>34</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 68001-23-33-000-2019-00488-01. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



“Al respecto encuentra la Sala que no le asiste razón al demandado, al afirmar la alegada indeterminación sobre el tipo de falta que se configura cuando hay vencimiento del periodo, se ha iniciado el concurso de méritos y este ha sido suspendido por orden judicial, pues, **esta circunstancia constituye una falta temporal que a la luz del artículo 172 de la Ley 136 de 1994**, impone designar a quien inmediatamente siga en jerarquía al cargo de personero municipal.

En efecto, el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, dispone:

“Artículo 172.- Falta absoluta del personero. En casos de falta absoluta, el Concejo procederá en forma inmediata, a realizar una nueva elección, para el período restante.

**Las faltas temporales del personero serán suplidas por el funcionario de la personería que le siga en jerarquía siempre que reúna las mismas calidades del personero.** En caso contrario, lo designará el Concejo y si la corporación no estuviere reunida, lo designará el alcalde. En todo caso, deberán acreditar las calidades exigidas en la presente Ley. Compete a la mesa directiva del Concejo lo relacionado con la aceptación de renunciaciones, concesión de licencias, vacaciones y permisos al personero.” (Subraya la Sala)

De lo anterior se deriva que cuando se ha convocado al concurso de méritos para proveer el cargo de personero municipal y el período del antecesor ha vencido, y se han presentado circunstancias que han originado que no se haya podido elegir al nuevo funcionario, se presenta una interinidad que es necesario suplir mientras culmina el concurso. La provisión que deba hacerse para suplir la vacancia, se entiende hecha de manera transitoria, pues esta designación por su carácter temporal, no puede ir más allá del término estrictamente necesario mientras se logre terminar el proceso de elección, atribuida a esta corporación administrativa en el artículo 313 numeral 8º de la Carta, en concordancia con el artículo 170<sup>35</sup> de Ley 136 de 1994.” (Negrilla y subraya fuera de texto)

Con base en ello, la Sala de Decisión accedió a suspender los efectos del Acta N°. 057 de 29 de febrero de 2020, por medio de la cual el demandado fue designado transitoriamente Personero de San José de Cúcuta, pues su expedición estuvo precedida de una convocatoria; y no del **encargo** que según el artículo 172 debía favorecer al servidor que seguía en jerarquía al personero.

Pero, en contravía de la “certidumbre” del desconocimiento profesado por la Sala, diversas consideraciones me llevaron a apartarme de la determinación judicial adoptada, comoquiera que, desde mi perspectiva, la vulneración prohijada por mis compañeros de Sección no se presentaba límpida y, por el contrario, estaba “salpicada” de argumentos que llevaban a la duda y, ergo, a la negativa del decreto de la suspensión provisional, sobre los argumentos que expongo enseguida:

---

<sup>35</sup> Art. 170. “Los Concejos Municipales o distritales según el caso, elegirán personeros para periodos institucionales de cuatro (4) años, dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia su periodo constitucional, previo concurso público de méritos de conformidad con la ley vigente. Los personeros así elegidos, iniciarán su periodo el primero de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero del cuarto año (...).”



–En primer lugar, comenté que, en mi sentir, la situación jurídica y fáctica que había sustentado la designación transitoria del acusado no podía ser tenida como una falta temporal del cargo de personero, teniendo en cuenta que las circunstancias que rodeaban el asunto no podían ser subsumidas en los fundamentos que cimentaban la existencia de este tipo de causales en el orden jurídico colombiano.

Por lo anterior, resalté que las faltas temporales correspondían a situaciones que separaban al personero en propiedad de sus funciones, durante el periodo institucional establecido, bajo la expectativa del regreso del servidor. En cambio, la designación del demandado tenía como fundamento la ausencia definitiva de personero, habida cuenta de la terminación del periodo del titular y las vicisitudes judiciales experimentadas por el concurso público seguido para ello.

En otros términos, aduje que las faltas temporales se presentaban en el marco del plazo en el que el personero en propiedad debía desarrollar sus competencias, pero no cuando dicho periodo fenecía, pues allí la falta no podía ser catalogada como transitoria.

–En segundo lugar, amparada en el régimen jurídico de las personerías, consideré que la circunstancia a la base del acto demandado no podía ser entendida como una falta temporal que llevara a aplicar, en principio, los métodos de provisión del cargo mediante el uso del encargo al que hacía referencia el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, pues el caso descrito en la solicitud de suspensión provisional no encuadraba en ninguno de los eventos descritos en el artículo 98 *ejusdem*, contentivo de ese tipo de faltas.

Así, sostuve que la lectura armónica de los artículos 99<sup>36</sup> y 176<sup>37</sup> de la Ley 136 de 1994 permitía afirmar que las faltas temporales de los personeros se reducían a: **(i)** las vacaciones; **(ii)** los permisos; **(iii)** las licencias; **(iv)** la incapacidad física transitoria; **(v)** la suspensión provisional del cargo dentro de proceso disciplinario, fiscal o penal; **(vi)** la suspensión provisional de la elección; y **(vii)** la ausencia forzada e involuntaria; que no comprendían la ausencia de personero una vez el periodo institucional del elegido había finalizado sin que su reemplazo hubiere sido designado.

–En tercer lugar, aseveré que, aunque la utilización de los métodos establecidos en el artículo 172 *ibidem* para estos eventos fue apoyada por la Sección en el concepto de 16 de febrero de 2016, expedido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado<sup>38</sup>, sus previsiones no resultaban obligatorias para el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, si se atendía a los mandatos del artículo 112 del C.P.A.C.A. que prescribía que sus conceptos no serían vinculantes, salvo que la ley dispusiera lo contrario, lo que no sucedía en el *sub-judice*.

Por último, manifesté que, en todo caso, el análisis del concepto referido permitía establecer que la aplicación del artículo 172 de la Ley 136 de 1994 prohijada por la Sala de Consulta y Servicio Civil al evento descrito en la solicitud de suspensión provisional –finalización del término del personero titular en el marco de la suspensión del concurso de méritos para su reemplazo– se fundamentaba en la

<sup>36</sup> Faltas temporales para los alcaldes aplicables a los personeros por remisión expresa del artículo 176 de la Ley 136 de 1994.

<sup>37</sup> “Son faltas absolutas y temporales del personero las previstas en la presente Ley para el alcalde en lo que corresponda a la naturaleza de su investidura.”

<sup>38</sup> Rad. 2016-00022-00. M.P. Edgar González López.



necesidad de continuidad del servicio puesto en marcha por la personería; sustento teleológico que, por lo menos, en el inicio del trámite judicial en consideración, no resultaba contrario a la convocatoria realizada por el Concejo de Cúcuta para la provisión temporal del cargo que persiguió el cumplimiento de estos mismos presupuestos constitucionales.

De esta manera, y teniendo en cuenta que la situación descrita con la solicitud provisional de los efectos del acto acusado no podía ser ciertamente catalogada como una falta temporal del cargo de personero –al tratarse de un evento *sui generis* en el que la provisión del empleo se producía como consecuencia de la finalización del periodo del personero saliente y las demoras en el procedimiento de selección de su reemplazo–, estimé que, contrario a lo defendido por mis pares de Sala, la transgresión normativa del artículo 172 de la Ley 136 de 1994 no estaba plenamente demostrada y, por consiguiente, la medida cautelar deprecada debía ser negada, dando preponderancia a la legalidad de la actuación administrativa desplegada por el Concejo de Cúcuta durante el desarrollo judicial de este trámite.

No obstante, no se trató del único argumento que me llevó a disentir de la decisión de 19 de noviembre de 2020, pues, como lo referí en las discusiones sostenidas al interior de la Sala, de llegar a aceptarse –en gracia de discusión– que las circunstancias fácticas que soportaron la solicitud de la suspensión judicial se adecuaban a los pormenores normativos de una falta o ausencia temporal en el cargo de personero, los demandantes habían incumplido con la carga de probar<sup>39</sup> que el funcionario de mayor jerarquía en la Personería tenía las calidades para detentar este cargo, al tratarse del requisito complementario exigido por el artículo 172 *eiusdem*;

Y, en todo caso, sostuve que, en mi parecer, la decisión mayoritaria desconocía la potestad del nominador para tomar esta decisión ante la imposibilidad de designar mediante el concurso de méritos al sucesor del personero saliente, de conformidad con el artículo 170<sup>40</sup> de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

En los anteriores términos dejo expuestas las razones que me llevaron a apartarme de la providencia de 19 de noviembre de 2020.

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ.**

Magistrada

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

**SUSPENSIÓN PROVISIONAL – La providencia debió referirse a la declaratoria de inexequibilidad de la prohibición de reelección de personeros**

<sup>39</sup> Art. 103 del C.P.A.C.A.: “Quien acuda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en cumplimiento del deber constitucional de colaboración para el buen funcionamiento de la administración de justicia, **estará en la obligación de cumplir con las cargas procesales y probatorias previstas en este Código.**” (Negrilla fuera de texto)

<sup>40</sup> Art. 313.8 C.P. “Corresponde a los Concejos: (...) 8. Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.”



Si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala el objeto de aclaración, es frente a la forma en que se resolvió el cargo sobre la inhabilidad-incompatibilidad de los personeros, prevista en el artículo 175 literal a) de la Ley 136 de 1994. (...). Para resolver este cargo, no se hizo mayor esfuerzo interpretativo que dotara de una motivación completa a la decisión adoptada y considero que por lo menos el auto ha debido referirse a la sentencia C-267 de 1995 de la Corte Constitucional, en la que se declaró la inexequebilidad de la prohibición de reelección de personeros dispuesta en el artículo 172 ibídem. En esta providencia, la Corte Constitucional concluyó que no es necesario establecer una prohibición absoluta para la reelección de personeros, porque sacrifica a los aspirantes que, pese a haber desempeñado el cargo en el pasado, no disponen en el momento de su postulación de ninguna posibilidad objetiva de influir sobre su propia designación, ello por cuanto, son elegidos por un concurso público de méritos. Para la Corte era irrazonable establecer una prohibición tan abierta, porque era claro que, si una persona había ejercido como personero uno o varios periodos atrás, no se le debía restringir de una manera tan absoluta, teniendo en cuenta, que (...) la participación de éste se encuentra limitada a las reglas del concurso de méritos y, en caso de quedar primero en el nuevo proceso, no se predica la señalada inhabilidad – incompatibilidad, por cuanto en su designación no intervino una circunstancia de desequilibrio entre los demás participantes, sino el mérito. (...). No obstante, en el caso de autos, el personero saliente por vencimiento de período, fue designado nuevamente por el concejo municipal de manera libre, en una figura denominada “transitorio”, la cual no tiene fundamento legal, ni se aviene a la sentencia de constitucionalidad.

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la declaratoria de inexequebilidad de la prohibición de reelección de personeros dispuesta en el artículo 172 de la Ley 136 de 1994, consultar: Corte Constitucional, sentencia C-267 de 1995, M.P.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 243 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 172 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 175 LITERAL A / LEY 1551 DE 2012

## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

#### SECCIÓN QUINTA

#### ACLARACIÓN DE VOTO DE ROCÍO ARAUJO OÑATE

**Radicación número:** 54001-23-33-000-2020-00506-01

**Actor:** PROCURADORES 98 JUDICIAL I Y 24 JUDICIAL II PARA ASUNTOS ADMINISTRATIVOS DE CÚCUTA

**Demandado:** MARTÍN EDUARDO HERRERA LEÓN - PERSONERO MUNICIPAL TRANSITORIO DE SAN JOSÉ DE CÚCUTA

**Referencia:** NULIDAD ELECTORAL. Faltas absolutas y temporales de los personeros





1. De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011<sup>41</sup> y con el acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la Sala, procedo a aclarar mi voto frente a la providencia del 19 noviembre de 2020, en la que se revocó la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander y, en su lugar, se decretó la suspensión provisional de los efectos del Acta No. 057 del Concejo Municipal de San José de Cúcuta, por el cual se designó al señor Martín Eduardo Herrera León, como personero municipal transitorio, a partir del 1° de marzo de 2020 y hasta que se elija quien va a desempeñar el cargo en propiedad.
2. Si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada por la Sala el objeto de aclaración, es frente a la forma en que se resolvió el cargo sobre la inhabilidad-incompatibilidad de los personeros, prevista en el artículo 175 literal a) de la Ley 136 de 1994, cuando se indicó:

*“En el caso sub judice, los presupuestos normativos de la incompatibilidad que se torna en inhabilidad para ocupar cargos públicos, prevista en el artículo 175 literal a) de la Ley 136 de 1994, llevan a la Sala a concluir que no se presenta, pues, a pesar de que se puede entender satisfecho el elemento temporal- al haberse realizado el nombramiento dentro de los doce (12) meses siguientes- y el elemento espacial – en razón a que la elección se realizó en San José de Cúcuta- la designación efectuada al señor Martín Eduardo Herrera León, por el concejo municipal de San José de Cúcuta, se produjo en el mismo organismo que regenta como personero transitorio y la norma prohibitiva se refiere a la hipótesis de “Ejercer otro cargo público o privado diferente”, entendiéndose diferente al de personero municipal, de forma que el elemento objetivo no se cumple.”*

3. Para resolver este cargo, no se hizo mayor esfuerzo interpretativo que dotara de una motivación completa a la decisión adoptada y considero que por lo menos el auto ha debido referirse a la sentencia C – 267 de 1995 de la Corte Constitucional, en la que se declaró la inexequebilidad de la prohibición de reelección de personeros dispuesta en el artículo 172 *ibídem*. En esta providencia, la Corte Constitucional concluyó que no es necesario establecer una prohibición absoluta para la reelección de personeros, porque sacrifica a los aspirantes que, pese a haber desempeñado el cargo en el pasado, no disponen en el momento de su postulación de ninguna posibilidad objetiva de influir sobre su propia designación, ello por cuanto, son elegidos por un concurso público de méritos.

4. Para la Corte era irrazonable establecer una prohibición tan abierta, porque era claro que, si una persona había ejercido como personero uno o varios periodos atrás, no se le debía restringir de una manera tan absoluta, teniendo en cuenta,

<sup>41</sup> “Artículo 129. **Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

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

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



que desde la reforma al sistema de acceso al cargo de personeros dispuesta en la Ley 1551 de 2012, la participación de éste se encuentra limitada a las reglas del concurso de méritos y, en caso de quedar primero en el nuevo proceso, no se predica la señalada inhabilidad – incompatibilidad, por cuanto en su designación no intervino una circunstancia de desequilibrio entre los demás participantes, sino el mérito.

5. En suma, es claro que para quien se va a desempeñar como personero en propiedad, no es aplicable el literal a) del artículo 175 de la Ley 136 de 1994, por cuanto no se cumple el elemento objetivo de la prohibición, como bien lo señala el auto de la Sala.

6. No obstante, en el caso de autos, el personero saliente por vencimiento de período, fue designado nuevamente por el concejo municipal de manera libre, en una figura denominada “*transitorio*”, la cual no tiene fundamento legal, ni se aviene a la sentencia de constitucionalidad, que es de obligatoria aplicación al tenor del artículo 243 de la Constitución y sin que se pueda predicar de ésta mérito en su designación, nombramiento que duraría mientras se terminaba el concurso de méritos para la escogencia de quien ejercerá el empleo en propiedad. Por lo tanto, si bien, el demandado estaba ejerciendo el mismo cargo, es decir, el de personero, lo cierto es que lo hizo en la modalidad “transitoria”, lo cual implica, que la inhabilidad-incompatibilidad prevista en el artículo 175 literal a) de la Ley 136 de 1994, es predicable de aquel, por desequilibrar las bases del concurso y resquebrajar el principio del mérito.

7. Por lo tanto, avalar la inexistencia de la mencionada causal de inelegibilidad en este tipo de situaciones, podría llegar a vaciar de contenido el artículo 175 literal a) de la Ley 136 de 1994, que establece una causal de inelegibilidad respecto de quienes aspiren nuevamente a acceder al empleo de personeros, sin que en esta última medie mérito alguno en su nueva designación.

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

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**  
**Magistrada**