



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrada ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., trece (13) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 73001-23-33-000-2019-00429-01
Demandante: ABEL RUBIANO ACOSTA
Demandado: CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA
Tema: Resuelve recurso de apelación contra auto que declaró no probada una excepción. Excepción previa de trámite inadecuado.

AUTO DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, a través de apoderado, y coadyuvada por el municipio de Ibagué, en contra del auto proferido en la audiencia inicial de 22 de enero de 2020, mediante el cual el Tribunal Administrativo del Tolima, se pronunció sobre la **EXCEPCIÓN PREVIA DE TRÁMITE INADECUADO** planteada por la parte demandada, declarándola no probada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En ejercicio de la acción de nulidad electoral (artículo 139 CPACA), el demandante **ABEL RUBIANO ACOSTA**, presentó demanda el 23 de octubre de 2019¹, en la que pretende, en términos generales y entre otras pretensiones, la nulidad del acto de elección del Personero Municipal de Ibagué **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**, contenido en el acta de 9 de septiembre de 2019².

¹ Folios 104 y 105 del cuaderno principal.

² Aunque se formularon más pretensiones, en el auto de 29 de octubre de 2019, el Tribunal *a quo* solo admitió las pertinentes al acto de elección del Personero OSSA BOCANEGRA y rechazó las restantes, como se expone en capítulo posterior. No obstante, para mayor claridad, las pretensiones de la demanda en su literalidad fueron las siguientes: “1. Que los Honorables Magistrados, se sirvan declarar la NULIDAD del acto de ELECCIÓN Y POSESIÓN del señor CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA, identificado con la C.C. N° 14.297.021, como Personero Municipal de la ciudad de Ibagué, realizada por el Concejo Municipal de Ibagué en Sesión Extraordinaria del día 09 de Septiembre de 2019, según acta de elección del día 09 de septiembre de 2019 y Acta de posesión del 09 de septiembre de 2019, por violación al procedimiento establecido en la Ley y en su propio reglamento el cual regula la forma

1.1. Los supuestos fácticos y normativos sustento de la demanda son en síntesis, los siguientes y limitados a lo pertinente para el asunto que se conoce en segunda instancia:

La parte actora indicó que para elegir al Personero debió realizarse un segundo concurso de méritos, toda vez que la anterior elección que recayó en el señor **JULIÁN PRADA** fue anulada por ambas instancias (Tribunal y Consejo de Estado).

Posteriormente, en sentencia de la Sección Quinta de 18 de julio de 2019, con ponencia de la Magistrada **ROCÍO ARAÚJO OÑATE**, se confirmó el fallo de 28 de marzo de 2019, del Tribunal Administrativo del Tolima, en el que también se anuló la elección de Personero del señor **CAMILO OSSA BOCANEGRA**, porque el primer puntaje había sido obtenido por **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ**.

*de adelantar las sesiones extraordinarias y hacer una elección. Lo anterior, se deriva en que las sesiones Extraordinarias exclusivamente el Concejo está facultado para abordar los temas para los que se cita y en este caso entre otro tema, se citó para **POSESIÓN** del Personero, sin estar ni siquiera elegido con anterioridad para poderle dar la posesión, como lo es el caso del señor CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA, identificado con C.C. N° 14.297.021.*

*2. Que los Honorables Magistrados se sirvan declarar la NULIDAD de la Resolución N° 233 del 05 de septiembre de 2019 ‘Por el cual se da cumplimiento a lo ordenado por la plenaria del Concejo en sesión extraordinaria del 04 de septiembre de 2019 y se toman otras decisiones’. Lo anterior, por cuanto contraría la ley y en especial que el concejo se abroga facultades en sesiones extraordinarias, para los cuales no se había citado, puesto que fue citado para la **POSESIÓN** del Personero y en este acto el Concejo mediante Resolución, citó a Elección y Posesión del Personero, sin estar facultados taxativamente para Elegir Personero.*

3. Que los Honorables Magistrados se sirvan declarar la NULIDAD únicamente del acta de elección del señor EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ, identificado con C.C. N° 5.925.460 de Herveo, como Personero Municipal de la ciudad de Ibagué, para el resto del período que culmina el último día del mes de febrero del año 2020, realizada por el Concejo Municipal de Ibagué en Sesión Ordinaria del día 30 de julio del año 2019, ya que no existe acta de posesión del señor EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ.

3.1. Como pretensión subsidiaria de la anterior pretensión, se sirvan INAPLICAR el contenido del acta de elección del señor EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ, identificado con C.C. N° 5.925.460 de Herveo, como Personero Municipal de la ciudad de Ibagué, para el resto del período que culmina el último día del mes de febrero del año 2020, realizada por el Concejo Municipal de Ibagué en Sesión Ordinaria del día 30 de julio del año 2019, ya que no existe acta de posesión del señor EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ. Por cuanto este no manifestó su aceptación o rechazo a su elección, al igual se trata de un acto complejo que requiere de la elección, aceptación y posesión, brillando por su ausencia la segunda y tercera.

4. Que se deje sin efectos el oficio emitido por el señor presidente del Concejo Municipal señor Juan Pablo Salazar Achuri, con fecha 30 de julio de 2019, recibido por el destinatario el día 1 de agosto de 2019, en el cual se le comunica al señor Efraín Hincapié González su elección y nombramiento como Personero de la ciudad de Ibagué, para el resto del período que culmina el último día del mes de febrero del año 2020. Lo anterior, por violación al procedimiento establecido en la Ley en cuanto a que la sentencia de segunda instancia proferida el 18 de julio de 2019 por el Consejo de Estado en su Sección Quinta en el proceso de Nulidad Electoral con Radicado N° 730012333002201800201403, dicha sentencia aún no se encontraba debidamente ejecutoriada, al igual, por violación a su propio reglamento en cuanto a la incongruencia de la fecha de citación a sesiones de 29 de julio 9:00 Am y la sesión se realizó el día 30 de Julio a las 8:00 Am, de otra parte la sesión se efectuó en horas de la mañana, cuando el reglamento dispone que estas sesiones inician oficialmente a las 5:00 Pm de lunes a jueves.

5. Solicito de los Honorables Magistrados se sirvan declara la NULIDAD de la Resolución N° 191 del 26 de julio de 2019, ‘Por medio de la cual se da cumplimiento al fallo del Honorable Consejo de Estado, Sección Quinta que confirmó la nulidad de la elección del señor CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA como Personero Municipal de Ibagué’. La anterior solicitud, se eleva por cuanto a la fecha de expedición de este acto, la providencia que se cita del Consejo de Estado en su Sección Quinta, aún no se encontraba debidamente notificada personalmente y ejecutoriada, lo que contraría la Ley y viola el debido proceso entre otros. De igual manera en dicho acto se cita al señor Efraín Hincapié González para elegirlo como personero el día 29 de julio de 2019 a las 9:00 Am y dicha elección según el Acta N° 120 de fecha 30 de julio de 2019, en esta fecha es que lo eligen como personero de la ciudad de Ibagué para el resto del período existiendo una incongruencia en cuanto a las fechas y horas. De igual forma consta en documento que la fecha del auto emitido por el Tribunal de Cúmplase y obedézcase lo resuelto por el superior data del día 6 de agosto de 2019 y las notificaciones personales del fallo a los sujetos procesales o partes en el proceso, datan del día 8 de agosto de 2019, es decir, a partir de esta fecha es que el Concejo debió legalmente haber adoptado el fallo de segunda instancia y no antes como apresuradamente lo realizaron.

6. Que como consecuencia de todo lo anterior, solicito de los Honorables Magistrados que se ordene al Concejo Municipal de Ibagué, emitir una nueva Resolución en la cual ya estando debidamente notificado y ejecutoriada el fallo de segunda instancia de la Sección Quinta del Consejo de Estado con radicado 730012333002201800201403, se cite en cumplimiento de dicha sentencia, al que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles (Efraín Hincapié González) y/o a todos los que conforman la lista de elegibles para elegir el cargo de Personero de la ciudad de Ibagué por el período que finaliza el último día del mes de febrero del año 2020, acatando el principio y criterio del mérito.

7. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del CPACA”. (Fls. 11 a 13 cdno. 1).

En cumplimiento de ese fallo, el Concejo Municipal de Ibagué expidió la Resolución 191 de 26 de julio de 2019 e indicó que efectuaría la elección al cargo de Personero de Ibagué, conforme a lista de elegibles de 3 de noviembre de 2017 y convocó para el 29 de julio de 2019 para la respectiva elección, resultando elegido el señor **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ**, conforme al acta 020 de 30 de julio 2019, al haber obtenido el mayor puntaje dentro de los resultados del concurso de méritos.

El señor **HINCAPIÉ GONZÁLEZ**, luego de que le fuera noticiada su elección en calidad de Personero Municipal, mediante escrito, informó al Concejo que no diría si aceptaba o no el cargo, por cuanto advertía sobre el vicio en que se había incurrido consistente en la falta de ejecutoria del fallo, en tanto el expediente aún no se había devuelto al Tribunal de origen, por lo que el auto de Obedézcase y Cúmplase tampoco había sido proferido.

Así las cosas, la elección del señor **HINCAPIÉ GONZÁLEZ** no se materializó ante su falta de aceptación y concurrencia a la posesión.

Superado el tiempo de sesiones ordinarias del Concejo Municipal, que terminaron el 31 de julio de 2019, el Alcalde Municipal de Ibagué, mediante Decreto 0960 de 30 de agosto de 2019 convocó al Concejo a sesiones extraordinarias para los días 4 a 6 de septiembre de 2019, con el fin de posesionar al Personero Municipal. Estas sesiones fueron extendidas hasta el 9 de septiembre, por Decreto 0915 del 4 de septiembre de la misma anualidad.

El Concejo Municipal emitió la Resolución 233 de 5 de septiembre de 2019 *“por el cual se da cumplimiento a lo ordenado por la plenaria del Concejo en Sesión extraordinaria del 04 de septiembre de 2019 y se toman otras disposiciones”*, para así dar respuesta a la comunicación del elegido ante su conducta de no haber manifestado expresamente si aceptaba o no la designación como Personero y al no haber concurrido a posesionarse, razón por la cual el Concejo dio aplicación al artículo 172 de la Ley 136 de 1994 y al fallo del Consejo de Estado de 18 de julio de 2019, indicó que la elección de personero de 30 de julio de 2019 de Hincapié González estuvo acorde a la normativa superior, pero que ante la omisión de éste en aceptar la elección y tomar posesión del cargo de Personero titular, optaba por fijar el día 9 de septiembre de 2019 como nueva fecha para la elección, con base en la lista de elegibles del 3 de noviembre de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, el Concejo eligió y posesionó del cargo al señor **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**, acto de elección que es el demandado en la presente acción.

Como fundamentos de violación indicó que la elección del señor **OSSA BOCANEGRA** fue ilegal y viciada de nulidad, toda vez que las sesiones extraordinarias fueron convocadas para posesionar al Personero Municipal y no para elegirlo.

Por lo que se presentó una incompetencia por extralimitación de facultades para la sesión extraordinaria al elegir y posesionar al Personero **OSSA**, quien en realidad no

había sido elegido antes de la sesión del día 9 de septiembre de 2019, por ello conforme a la temática de la convocatoria de la sesión extraordinaria no podía designarlo ni posesionarlo.

Aunado a lo anterior, el acto de elección **violó el reglamento del Concejo Municipal**, porque las sesiones del Concejo son de lunes a viernes a partir de las 5 p.m. y la citación a elección se agendó para las 8 a.m.; tampoco se respetó el plazo de los 3 días necesarios de antelación que deben cursar entre la convocatoria y el día de la elección, como lo prevé el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, norma que se repite en el referido reglamento.

En efecto, mediante Resolución 233 de 5 de septiembre de 2019 emitida por la Presidencia del Concejo Municipal, durante sesiones extraordinarias, se citó a la elección de Personero para el día 9 de septiembre siguiente, sin que se observara el plazo de ley, toda vez ya que los días 7 y 8 fueron sábado y domingo, respectivamente, y no se pueden contabilizar porque no se citó a sesiones extraordinarias para esos días.

Las censuras de violación invocadas fueron: **(i)** violación de las normas que debía observar, en dos arista: la limitación temática de las sesiones extraordinarias y la ejecutoria de las providencias judiciales; **(ii)** expedición irregular; **(iii)** desviación de poder y **(iv)** violación de los derechos fundamentales constitucionales (trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos, principio de buena fe en su dimensión de confianza legítima), sin que se haga explicación diferente a transcribir algunas sentencias de la Corte Constitucional sobre los derechos citados.

1.2. Trámite

El 23 de octubre de 2019 fue presentada la demanda ante la Oficina Judicial de Ibagué, llegando el expediente al Tribunal del Tolima al siguiente día hábil y por auto del 29 de octubre se admitió la demanda contra la elección del Personero **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**, rechazó la pretensión de nulidad electoral que la demanda incluyó contra la elección del señor **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ³** y **DECLARÓ LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA** frente a la pretensión de nulidad contra la Resolución 233 de 2019 por ser un acto preparatorio. Así también negó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección del señor **OSSA BOCANEGRA**.

Indicó que frente al plazo de los tres días entre la citación a elección y la elección que prevé el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, tampoco eran de recibo para acceder a la

³ Se lee en la motivación del auto del *a quo* frente al rechazo de la pretensión de nulidad de la elección del señor Efraín Hincapié González, lo siguiente: “No sucede lo mismo con la pretensión de nulidad del acto de elección del señor Hincapié González [Ver pretensión 3 y subsiguientes del libelo demandatorio (folio 11-13 del expediente), la cual a la fecha de presentación de la demanda (23 de octubre de 2019) se encontraba caducada, toda vez que su designación en el cargo de Personero Municipal de Ibagué se realizó por el Concejo Municipal de Ibagué, conforme lo indicado en el libelo genitor y se advierte de la prueba documental que obra en el plenario (Ver folio 86-95), en sesión ordinaria del **30 de julio de 2019**, de manera que los treinta (30) días hábiles de que trata el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, **fenecieron el 12 de septiembre de 2019**. Por lo anterior, es menester rechazar la pretensión de nulidad de la elección del señor EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ y todas aquellas de que allí se deriven como Personero Municipal de Ibagué, **y se continuará con el análisis únicamente frente al acto de elección de CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**” (Subrayas y destacados del texto original).

suspensión provisional, en el entendido que dicho plazo está previsto para el inicio del período constitucional, que es el tiempo previsto por la ley para la elección del personero local, mientras que el caso que se discute está *ad portas* de vencer incluso el período institucional del Personero, al igual que el del Concejo elector. Por lo que al ser la situación sub judice diferente a la prevista en la norma invocada, no se advierte violación de la norma, razón por la cual tampoco encuentra procedente acceder a la petición de suspensión.

En relación con la citación en una supuesta hora no prevista en el reglamento, el Tribunal indicó que tal señalamiento horario es para las sesiones ordinarias, pero la sesión en la que se eligió al Personero fue de estirpe extraordinaria, a la que no se puede hacer extensivas las normas de las ordinarias.

Concluyó que al requerirse mayor enriquecimiento del material probatorio no era viable decretar la suspensión solicitada.

Surtidas las notificaciones respectivas, el Concejo Municipal de Ibagué contestó la demanda, mediante escrito obrante de folios 127 a 133. Lo mismo hizo el demandado **CAMILO EDUARDO OSSA BOCANEGRA**, en memoriales que reposan a folios 136 a 142 y 158 a 162, en la que propuso las **EXCEPCIONES PREVIAS** de (i) ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones y (ii) haberse dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.

Interesa al asunto dentro del marco del recurso de apelación incoado, la última de las excepciones mencionadas, por cuanto sobre ésta recayó la impugnación. El planteamiento se apoyó en el artículo 100 numeral 7 del CGP, en concordancia con los artículos 175.3 y 296 del CPACA, toda vez que la pretensión anulatoria recae sobre el acta de 9 de septiembre de 2019, que da cumplimiento al fallo del Consejo de Estado que anuló el acto de elección del Personero Municipal, a fin de elegir al nuevo Personero, respetando el orden de elegibilidad señalado en el concurso de méritos.

Indicó el demandado que el acto declaratorio de elección fue expedido en sesiones extraordinarias del Concejo Municipal, citadas por el Alcalde para cumplir el fallo judicial de la Sección Quinta, por lo que el Concejo no está ejerciendo una función propia de la democracia representativa, sino cumpliendo un fallo judicial. Además, los reparos de la demanda no son de carácter electoral, pues no se controvierten vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del designado, o irregularidades en el escrutinio o en la votación. Por otra parte, la demanda electoral soslaya un restablecimiento del derecho, como se advierte en la pretensión 6, en la que solicita se designe al primero de la lista de elegibles, como se lee en el siguiente aparte transcrito:

“6. Que como consecuencia de todo lo anterior, Solicito... se ordene al Concejo Municipal de Ibagué, emitir una nueva Resolución en la cual ya estando debidamente notificado y ejecutoriado el fallo de segunda instancia de la Sección Quinta del Consejo de Estado con radicado 73001233300220180020403, se cite en cumplimiento de dicha sentencia, al que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles (Efraín Hincapié González) y/o a todos los que conforman la lista de elegibles, para elegir el cargo de Personero de la ciudad de Ibagué por el período que finaliza el último día del mes de febrero del año 2020, acatando el principio y criterio del mérito”.

Para apoyar su disertación, manifestó que comparte la tesis del salvamento de voto que se rindiera por parte del entonces Magistrado Alberto Yepes Barreiro a auto dictado en ese radicado 2018-00204-01, atinente a que la acción adecuada es la de nulidad y restablecimiento del derecho –no la de nulidad electoral- cuando se ataque el acto originado en un concurso de méritos, toda vez que la autoridad nominadora solo puede designar el primero de la lista, por lo que no actúa como cuerpo representativo ni ejerce función política - representativa o democrática que le es propia a la función electoral, siendo solo una función administrativa.

Al efecto, el acto de elección demandado tenía como propósito **cumplir el fallo judicial** que le ordenó designar al primero de la lista y así sucesivamente hasta agotar aquella, como claramente se evidencia del contenido y parte resolutive de la Resolución 191 de 26 de julio de 2019. Así también, en el acta 120 de 30 de julio de 2019 expedida por el Concejo de Ibagué, en el orden del día se señala lo siguiente: “4º. Elección de Personero Municipal por lo que resta del período, conforme a lo ordenado por el honorable Consejo de Estado sala de lo contencioso administrativo, sección quinta, con ponencia de la magistrada ROCÍO ARAÚJO OÑATE referencia nulidad electoral – Rad. 73001-23-33-002-2018-00204-03”.

En desarrollo de ese orden del día, es claro que frente a la elección de personero no se presentó ninguna discusión o análisis sino el simple obedecimiento a la decisión judicial, lo cual se hace evidente con la manifestación textual que hiciera el Presidente del Concejo Municipal de Ibagué, cuando en el desarrollo de la sesión, hace la referencia de estar acatando la orden del Consejo de Estado.

Por lo que el acto demandado nada tiene que ver con el tema electoral, en tanto la pretensión de nulidad se sustenta en la presunta extralimitación de funciones de los Concejales al abordar un tema para el que no fueron convocados y, por ende, violando el reglamento y, en esa línea, el medio de control adecuado para discutir el acto impugnado es el de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho, pero no la acción electoral.

Agregó el memorialista: “Surge, en esta acción unos interrogantes, ¿Si el Concejo Municipal de Ibagué, designó en primera instancia al señor **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ**, (ACTA 120 DEL 30 DE JULIO 2019 y comunicó la designación al favorecido quien dice “que no manifiesta si acepta o no el cargo”, en cuanto la elección se encuentra viciada de nulidad” qué propósito tiene volver a reiniciar? ¿Se afecta o beneficia a la sociedad la nulidad de la elección del actual Personero a tres meses de entregar el cargo? ¿Cuál es el verdadero propósito de quien resultaría beneficiado en la eventual nulidad?”, por lo que si el fin es restablecer la legalidad, el medio de control es la nulidad, pero no la nulidad electoral.

Finalmente, informó que el señor **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ**, ostenta desde hace un año el cargo de NOTARIO, que le impidió aceptar el cargo de personero, por lo que es claro que el medio de control escogido no busca el beneficio social, porque seguramente tampoco podría aceptar el cargo.

Por auto de 9 de diciembre de 2019, se ordenó correr traslado de las excepciones propuestas, término que pasó en silencio de la parte actora y por auto del 13 de enero de 2020 se citó a audiencia inicial para el día 22 siguiente.

2. La decisión recurrida

Llegado el día se llevó a cabo la audiencia prevista, en la que entre otras decisiones, se declaró no probada la excepción previa de trámite inadecuado, por las razones que a continuación se exponen:

2.1. El artículo 313 numeral 8 de la Constitución Política establece de manera clara e inequívoca que la competencia de elegir a los personeros recae en los concejos municipales.

2.2. La Ley 1551 de 2012, en su artículo 35 -modificatorio del artículo 170 de la Ley 136 de 1994- dispone que el Concejo Municipal **elegirá** personeros municipales o distritales para períodos institucionales de cuatro (4) años y que esta elección debe acontecer dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año que el Concejo inicia su período constitucional, previo concurso público de méritos, de conformidad con la ley vigente.

2.3. El cambio legislativo que introdujo el legislador con la Ley 1551 de 2012 produjo un nuevo modelo para la elección de personeros, pasando del arbitrio y liberalidad de los Concejos Municipales, como nominadores de los Personeros, a un procedimiento de méritos, objetivo y reglado, el cual fue avalado por la Corte Constitucional, en sentencia C-105 de 6 de marzo de 2013.

El *a quo* consideró entonces que la competencia del Concejo Municipal para la elección del Personero, más allá de que esté precedida de un concurso de méritos que garantiza el cumplimiento de los fines estatales y asegura los derechos fundamentales de acceso a la función pública en condiciones de igualdad, por lo que el legislador consagró un mecanismo judicial autónomo llamado nulidad electoral, en virtud del cual cualquier persona puede solicitar la nulidad de los actos de elección realizada, entre otros, por los corporativos colegiados, como es el caso del Concejo Municipal, conforme los artículos 139 y 152-8 del CPACA.

Con base en lo anterior, concluyó que conforme a las pretensiones de la demanda, el medio de control adecuado es la nulidad electoral y es claro que el trámite desarrollado por el Tribunal en el asunto de la referencia ha correspondido a ésta y, por lo tanto, es el debido. Reforzó la consideración al indicar que el acto administrativo demandado es de naturaleza electoral y es demandable, revisable y enjuiciable por nulidad electoral, aunado a que en la práctica son innumerables los procesos similares que se han tramitado por los Tribunales y por el Consejo de Estado bajo el trámite de la nulidad electoral, siendo el salvamento de voto del entonces Magistrado Yepes Barreiro un criterio particular que no acoge el Despacho y que le implica desestimar el medio exceptivo propuesto bajo el nombre de trámite inadecuado.

3. El recurso de apelación

La parte demandada apeló, conforme se observa en el CD contentivo de la audiencia inicial, al minuto 33:00 a 40:41 (tiempos de la Sala Quinta al analizar el cd obrante a folio 196). En su intervención indicó que recurría únicamente la decisión sobre declarar no probada la excepción previa de haberse dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.

Expresó que si bien es cierto, está de acuerdo con el argumento del Despacho sobre las competencias de los Tribunales y el Consejo de Estado en los asuntos electorales y sobre las atribuciones eleccionarias del Concejo Municipal en cuanto al Personero, en realidad el argumento exceptivo hace referencia a la acción de carácter electoral escogida para controvertir el acto de elección del Personero Municipal de Ibagué, porque se trata de un acto devenido del cumplimiento de una sentencia judicial, por lo que el Concejo actuó bajo una premisa de carácter administrativo y no de una acción o una facultad eminentemente electoral.

Reforzó su predicamento sobre la carencia de discrecionalidad que debe tener todo acto eleccionario para reputarse acto electoral enjuiciable en nulidad electoral, en que los mismos Concejales señalaron que se congregaban para acatar la orden judicial del Consejo de Estado, consistente en designar al primero de la lista, por lo que el acto no materializa una legitimación de poder, no es un acto de manifestación de voluntad política sino meramente administrativo y solo susceptible de ser demandado en nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que se solicita declarar próspera la excepción y encausar el proceso al trámite adecuado.

Por otra parte, afirmó que en forma soslayada, el demandante propone el restablecimiento del derecho a favor de un tercero al incoar que se retrotraiga el concurso al momento de la elaboración de la lista de méritos.

Dentro de la misma audiencia y corrido el traslado de la decisión a los sujetos procesales, la parte demandante solicitó mantener la decisión proferida por el despacho porque considera que sí es la acción de nulidad electoral y su trámite los adecuados (Cd minutos 41:14 a 42:32, dato extractado del acta física de la audiencia fl. 186 y sigs.); el Concejo Municipal de Ibagué, a través de apoderado, coadyuvó los motivos de la apelación, agregando que al contar con la lista de elegibles el trámite eleccionario como tal ya estaba finiquitado (Cd minutos 42:40 a 45:07 dato extractado del acta fl. 186 y sigs.). Por su parte el Ministerio Público pidió mantener la decisión del *a quo* (Cd minutos 45:15 a 49:21 dato extractado del acta fl. 186 y sigs.).

Los argumentos de quienes recorrieron el traslado serán expuestos con mayor extensión al decidir el asunto que convoca a la Sala.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sección Quinta es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 22 de enero de 2020, por medio del cual el Magistrado instructor del Tribunal Administrativo del Tolima declaró no probada la excepción previa de inepta

demanda por impartir al asunto el trámite inadecuado, el cual es procedente en virtud de la norma especial contenida en el inciso último del numeral 6º del artículo 180 del CPACA⁴, para el tema específico de las excepciones previas y mixtas decididas dentro de la audiencia inicial dentro de los procesos contencioso administrativos.

Además, se trata de una decisión adoptada por uno de los Tribunales Administrativos de Distrito Judicial, dentro de un asunto de primera instancia, que se demandó y se tramitó acorde con el procedimiento del medio de control de nulidad electoral, por lo que conforme con el artículo 152 numeral 8 del CPACA, los Tribunales conocen, en primera instancia, de la nulidad del acto de elección del personero, cuando sea de capital del Departamento (Personero de Ibagué), siendo del Consejo de Estado la competencia *ad quem* en virtud del artículo 150 ejusdem.

2.- Oportunidad y trámite del recurso

El recurso fue interpuesto oportunamente, por cuanto se dio dentro del marco de la audiencia inicial (art. 244 CPCA) y, conforme se lee del acta y en el cd, obrantes de folios 186 a 191 del cuaderno 1, se les concedió el uso de la palabra al recurrente y a los demás sujetos procesales para que recorrieran el traslado de la apelación interpuesta, quienes en efecto, expusieron oralmente sus postulaciones.

3.- La excepción previa de trámite inadecuado

El Código General del Proceso, aplicable por remisión expresa de los artículos 296 y 306 del CPACA, consagra la relación de argumentos de defensa que pueden plantearse como excepciones procesales o previas, el del trámite inadecuado, como se lee en el artículo 100 ibidem: **“Artículo 100. Excepciones previas. Salvo disposición en contrario, el demandado podrá proponer las siguientes excepciones previas dentro del término de traslado de la demanda: 7. Habérsele dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde.”**.

La excepción de trámite inadecuado recae sobre el aspecto específico del modo cómo se ha hecho valer desde el punto de vista del procedimiento el asunto judicializado, sin que se ataque el derecho sustancial sino su trámite y ejercicio, por lo que se afecta el procedimiento, que en más de las veces puede ser encausado a su debida forma.

Concretamente la discusión o defensa que se sustenta en el trámite adecuado es una típica excepción previa, que tiene como propósito que el proceso se desarrolle acorde con el procedimiento legal previsto, siendo ésta una de las manifestaciones del derecho al debido proceso, que claramente fue constitucionalizada como una de las garantías fundamentales perentorias en el contexto de que se debe observar la plenitud de las formas propias de cada juicio.

Pero más allá de ello, lo cierto es que los alcances del trámite adecuado tiene que ver en forma relacional directa con la clase de acción o medio de control, a partir de que el proceso se encause en forma debida y cuya correcta determinación y alcance marcarán

⁴ “el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”.

aspectos tan importantes y medulares como la caducidad de la acción, las competencias, los presupuestos procesales, la *causa petendi* a incoar, los plazos y términos procesales y, finalmente, el sentido del fallo, en tanto no será la misma dinámica considerativa como tampoco las mismas decisiones a adoptar, en tratándose de diferentes medios de control.

La incidencia del trámite inadecuado, aunque se proyectaba a espacios mucho más importantes bajo las regulaciones procesales contencioso administrativa y procesal civil, al punto de ser causal constitutiva de nulidad procesal que fue derogada por el CGP, dentro de un contexto teórico presentó varias generalidades predicables de dicha figura. En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 18 de julio de 2017⁵, trajo a colación algunos planteamientos sobre dicho evento:

“Es una realidad que el legislador ha dispuesto varias formas procesales para encauzar por caminos diferentes las diversas pretensiones que se llevan a la jurisdicción, como también previó el efecto deletéreo que pueden tener las desviaciones procesales según sea su gravedad... De menor entidad son los yerros que se cometen si elegido correctamente el procedimiento, se produce una distorsión en el curso de sus etapas, como cuando se reanuda indebidamente el proceso, se suprimen los segmentos destinados a las pruebas o los alegatos, no se hacen bien las citaciones o hay insuficiencia en la representación... el error de elección del procedimiento a seguir..., rasgo que lo distingue de aquel defecto venido de la alteración de alguna de las etapas del proceso, yerro este que en principio tiene vocación de ser purgado.

*Es doctrina reiterada de la Corte que... no opera ante cualquier irregularidad de la actuación procesal, sino cuando hay un verdadero y **total** cambio de las formas propias de cada juicio, es decir, cuando éste se lleva por un procedimiento **totalmente** distinto del que corresponde, según la ley, cual ocurre cuando ‘debiéndose seguir el ordinario se sigue el abreviado o el verbal, o cuando debiéndose seguir uno de éstos se sigue el ordinario, etc., es decir, cuando el rito seguido es uno distinto al que la Ley señala para el respectivo proceso, **no cuando se omite, modifica o recorta alguna de las etapas de éste...**’ (CSJ SC 16 jun. 2006, rad. 2002-00091-01 reiterada en CSJ SC17175 16 dic. 2014, rad. 2007-00268-01. En el mismo sentido CSJ SC 4 dic. 2009, rad. nº 2000-00584-01. Resaltado ajeno).”.*

Así las cosas, se está ante un trámite inadecuado, a hoy como excepción previa, cuando hay una **sustitución íntegra del procedimiento**, pero no cuando surgen alteraciones de una o varias fases⁶.

Por lo que resulta claro que al haberse abstraído el trámite por proceso diferente al que corresponde o trámite inadecuado de las causales de nulidad procesal, conforme a las voces del artículo 134 del CGP, el legislador dejó como único camino para su alegación, el campo de la excepción previa, por lo que extrapolando la argumentación general fundamento de las disquisiciones generales y teóricas de antaño precitadas, esta excepción solo encontrará prosperidad cuando la desviación del trámite sea total e insubsanable por el operador jurídico⁷, quien conforme a las nuevas visiones procesales

⁵ Sala de Casación Civil. Radicación 50573-31-89-001-2008-00037-01. M.P. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

⁶ Ibidem.

⁷ “[L]as desviaciones, en relación con el procedimiento, «verbi gratia, cuando se ‘omite, modifica o recorta alguna de las etapas de éste’, se traducen en simples desarreglos que de suyo son ‘incapaces...para contaminar el todo’, entre otras razones porque en ‘últimas habrían podido remediarse a través de la gestión impugnatoria’» (CSJ SC-062 31 may. 2006, rad. nº 1990-05525-01).”.

tanto en el ordenamiento procesal contencioso administrativo como ordinario civil ha sido dotado de variadas herramientas para que en su proactividad garantice el saneamiento del proceso y el correcto encause del procedimiento.

4. El caso concreto

Observada la fundamentación del recurso de alzada contenida en la grabación de video y audio obrante en el CD, que reposa a folio 196 del cuaderno 1, la Sala advierte dos argumentos centrales en los que el excepcionante insiste para la prosperidad de la excepción previa, ya que la demanda debió encausarse en el trámite de la **nulidad y restablecimiento del derecho** y no en el de nulidad electoral, a saber: **(i)** el acto demandado no es de stirpe electoral al no contener una decisión política, toda vez que es un acto de mero cumplimiento o de ejecución de una sentencia que determinó que debía realizarse la designación de conformidad con la lista de elegibles, lo que a juicio del actor –hoy apelante- implica la inexistencia de voluntad del elector; si bien es acto administrativo no es electoral y **(ii)** la demanda contiene pretensión de restablecimiento del derecho.

4.1. El acto no es electoral porque no contiene decisión política

Afirmó el **EXCEPCIONANTE** que el Concejo Municipal de Ibagué no ejerció una función eleccionaria o eminentemente electoral, no se trató de un acto revestido de legitimación de poder y no es un acto político, en tanto la elección del demandado devino del cumplimiento de la sentencia judicial, por lo que el Corporativo actuó bajo una premisa administrativa y no electoral.

En efecto, aseveró que los mismos Concejales nominadores señalan que la sesión respectiva era únicamente para acatar la orden del Consejo de Estado, que fue la de designar al primero de la lista de elegibles. Insistió, entonces, en la inexistencia de un acto de carácter electoral, en tanto el Concejo Municipal careció de una mínima discrecionalidad propia del acto político, con la que sí cuenta al momento en que se está en el campo del concurso de méritos, toda vez que en la etapa de entrevista, que por regla general se pondera en un 10% del total del resultado, le es permitido calificar a cada uno de los competidores, conforme a su apreciación y valoración de la exposición oral del candidato.

Por su parte, el **CONCEJO MUNICIPAL DE IBAGUÉ** coadyuvó el recurso de apelación⁸, advirtiendo que si bien no había propuesto la excepción, sí coincidía con los argumentos del demandado para apelar la decisión de declarar no probada la excepción de trámite inadecuado.

Agregó que si bien la Ley 136 de 1994, fue modificada por la Ley 1551 de 2012, le otorga la potestad eleccionaria al Concejo Municipal frente al Personero, a su vez le concede, dentro del concurso de méritos, la discrecionalidad para elegir en un 10% dentro de los candidatos a personero, lo cierto es que en el presente caso, el trámite

⁸ Minuto 42:37 a 45:06 del cd obrante a folio 196 del Cuaderno 1.

eleccionario ya se agotó, por lo que conforme al artículo 70 de la Ley 136 de 1994 y al artículo 35 de la Ley 1551, es claro que la tarea del Concejo Municipal para la elección cesa una vez se conforma la lista de elegibles y como se había elegido al señor **EFRAÍN HINCAPIÉ**, quien en forma tácita no aceptó la designación, el Corporativo dio paso al siguiente en la lista el demandado **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**, sin que en realidad ello contenga una voluntad política del órgano elector.

En el presente caso, no se está eligiendo sino dándole curso a una decisión judicial, pues la competencia eleccionaria ya se había ejercido cuando se determinó el orden de elegibilidad y porque a juicio del coadyuvante del recurso “*ya estaban electos*” y lo único que faltaba era obtener la aceptación de la designación para proceder a la posesión.

Al respecto la **PARTE DEMANDANTE** replicó⁹ que el excepcionante no tuvo en cuenta que la primera persona elegida de la lista de elegibles del concurso de méritos para proveer el cargo de Personero Municipal de Ibagué fue el señor **EFRAÍN HINCAPIÉ**, quien no aceptó el cargo, precisamente porque consideró que el Concejo Municipal había comedido irregularidades que darían lugar a la nulidad de la elección, por lo que dicha Corporación administrativa procedió a llamar al segundo de la lista –**CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**-, lo eligió y posesionó, por lo que sí se está frente a un típico acto electoral enjuiciable mediante la acción de nulidad electoral.

Finalmente, el **MINISTERIO PÚBLICO**, en intervención que obra del minuto 45:22 a 49:18¹⁰, solicitó la concesión del recurso dada su presentación y sustentación oportuna, pero se decantó por no encontrar de recibo el fondo argumentativo de la impugnación y solicitó la confirmación de la decisión del Tribunal de declarar no probada la excepción de trámite inadecuado, toda vez que mediante la decisión judicial de 18 de julio de 2019, la Sección Quinta del Consejo de Estado, declaró la nulidad de la elección del Personero, dispuso retrotraer el concurso público abierto de méritos y ordenó al Concejo efectuar la elección de Personero -por el período faltante a finalizar en febrero de 2020-, conforme a la lista de elegibles, publicada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal el 3 de noviembre de 2017.

Por lo que a juicio del colaborador fiscal ante el Tribunal *a quo*, el acto de elección no contiene el mero cumplimiento de un fallo, ya que el Consejo de Estado ordenó al Concejo Municipal retrotraer el proceso de designación y continuarlo en la etapa que le indicó, por lo que es claro que al elegir al demandado se estaba dentro del trámite eleccionario y la decisión demandada resulta entonces un típico acto electoral.

Explicó que si bien el apelante busca sustentarse en el salvamento de voto del entonces Consejero Alberto Yepes Barreiro que emitió dentro del proceso 2018-00204, se trata de una posición aislada de la decisión mayoritaria y sobre ese punto ya hubo pronunciamiento por parte de la Sección Quinta.

Vistos los extremos de la discusión, la SALA ELECTORAL considera, dentro del límite de la apelación que rige su competencia como juez *ad quem*, que todo parte de la definición y alcance del artículo 139 del CPACA, que a diferencia de su homólogo CCA

⁹ Minuto 41:12 a 42:29 del cd obrante a folio 196 del Cuaderno 1.

¹⁰ Cd obrante a folio 196 del Cuaderno 1

no traía concepto alguno sobre la nulidad electoral. Recuérdese que el artículo en cita dispone:

“Artículo 139. Nulidad electoral. *Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.”.

Por lo que la Sala Electoral del Consejo de Estado y todo operador judicial con función jurisdiccional en lo electoral conoce de la nulidad electoral respecto de: **(i)** el acto de elección por voto popular; **(ii)** el acto de elección por cuerpos electorales; **(iii)** el acto de nombramiento que expida la entidad pública; **(iv)** el acto de nombramiento que expida la autoridad pública y **(v)** el acto de llamamiento para proveer vacante de corporación pública, sin determinar el origen de la designación.

En principio, salvo contadas excepciones, todo aquello que verse sobre controversias o asuntos en los que se quiera discutir la presunción de legalidad de un acto de elección, nombramiento o llamamiento es del resorte del juez electoral, bajo los trámites y ritualidades de la nulidad electoral, cuando el propósito de la demanda sea la defensa de la legalidad objetiva, la democracia y la institucionalidad del Estado, en una de sus manifestaciones más trascendentales como es el derecho a elegir y a ser elegido.

Por otra parte, se ha tenido claro desde hace tiempo que la nulidad electoral es una acción pública al contar con una legitimación universal que le permite, conforme a las voces del artículo 139 del CPACA, a cualquier persona activar el acceso a la administración de justicia contencioso administrativa con el propósito de cuestionar la legalidad de los referidos actos de designación, pero lo público se ve morigerado al haber sido sometida por el legislador a un término específico y corto de caducidad del medio de control.

Lo anterior sin perjuicio de la viabilidad de discutir ante el mentado juez la legalidad de los actos de contenido electoral, entendidos como aquellos que no recaen sobre actos declaratorios de designación sino sobre materias que versan sobre temas electorales, mediante el medio de control de nulidad de contenido electoral, que no es otro que el de la nulidad del acto administrativo.

E incluso también puede juzgarse el asunto bajo el ropaje de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pero única y exclusivamente circunscrita y conexa en forma directa a los asuntos electorales y siempre que no contenga en su trasfondo una discusión laboral o se pretenda el resarcimiento económico, tal y como se dejó

plasmado en auto de la Sección Quinta de 19 de julio de 2017¹¹, citando antecedente de 15 de septiembre de 2016¹².

En efecto, basta detenerse en las previsiones que sobre el tema contiene el Acuerdo 080 de 12 de marzo de 2019, contentivo del reglamento del Consejo de Estado, en cuyo artículo 13, sobre la distribución de los procesos entre las secciones especializadas, ha indicado que a la Sección Quinta o Sala Electoral, le está asignado el conocimiento de: **(i)** los procesos de simple nulidad contra actos de contenido electoral; **(ii)** los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho, distintos de los de carácter laboral, contra actos de contenido electoral y **(iii)** los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos.

Ese punto límite entre el medio de control de la nulidad electoral y la nulidad y restablecimiento del derecho electoral, que son dos acciones diferentes de trámite distinto, en el presente caso, se evalúa desde dos flancos, el de carácter volitivo o subjetivo, a partir del planteamiento de la *causa petendi* del asunto en los términos en que fue judicializado por el interesado y, el objetivo o sustancial que se observa desde la dimensión normativa del medio de control en el que encuadre la situación, a partir del análisis del contenido, naturaleza y alcance del acto acusado, del objeto de la causa de cara al propósito legal del medio de control, de las partes protagonistas y de plazos observados, sobre todo de la caducidad, entre otros.

Así las cosas, descendiendo los aspectos vistos al caso concreto, se tiene que la censura de la apelación se entroniza en que para el recurrente el acto demandado es un acto de ejecución o de cumplimiento efectivo de un fallo jurisdiccional, que dejó sin margen de discrecionalidad al Concejo Municipal de Ibagué, desnaturalizando así el

¹¹ Radicado: 17001-23-33-000-2016-00435-02. Actor: Jorge Noel Osorio Cardona. Demandado: Francisco Javier Osorio Jaramillo (Notario Único del Círculo de La Dorada – Caldas). M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, en el que el asunto fue remitido a la Sección Segunda: “...*advierte la Sala que... En los hechos de la demanda, ...[se] señaló que el señor Osorio Cardona presentó dos (2) peticiones ante el Consejo Superior de la Carrera Notarial para que la Notaría de La Dorada fuera publicada “[...] para ejercer sobre ella el derecho de preferencia por parte de aquellas personas que como él cumplieran los requisitos para ejercer el cargo, en garantía de los derecho (sic) de carrera notarial”.* // *Estima la Sala que en caso de prosperar las pretensiones de la demanda, la decisión podría implicar un restablecimiento del derecho para el actor, quien consideró que en ejercicio del derecho de preferencia podría acceder al cargo por el hecho de pertenecer a la carrera como notario del círculo de Chinchiná, como lo expuso en las solicitudes formuladas ante el organismo que administra la carrera.*”

Además, el estudio de la apelación *involucra aspectos directamente ligados a la carrera notarial como la posibilidad de extender la vacancia a situaciones no previstas en las normas sobre la materia, el alcance jurídico del derecho de preferencia frente al traslado de un notario a otro despacho y las posibles limitaciones impuestas por el Decreto 2054 de 2014 [...]* reglamentó el numeral 3º del artículo 178 del Decreto Ley 960 de 1970, que estableció el derecho de preferencia para los notarios de carrera para optar por otra notaría de la misma categoría que se encuentre vacante en la misma circunscripción] *al ejercicio de dicha prerrogativa establecida en el Decreto Ley 960 de 1970* [Estatuto del Notariado] *para los notarios de carrera.*

En aplicación del criterio adoptado por esta corporación en auto de septiembre quince (15) de 2016, subraya la Sala que la competencia para conocer de este proceso le corresponde a la Sección Segunda del Consejo de Estado, como lo dispuso el reglamento de la corporación, contenido en el Acuerdo 55 de 2003, respecto de la distribución de los asuntos entre las secciones que conforman la Sala de lo Contencioso Administrativo en virtud del criterio de especialización. // Dicho acto señaló que la Sección Segunda tiene a cargo el conocimiento de los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales y los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral no provenientes de un contrato de trabajo.

A partir de las pretensiones de la demanda, la situación concreta del actor y la controversia planteada alrededor de la alegada vacancia del cargo y el ejercicio del derecho de preferencia, es claro que este proceso debe tramitarse como una acción de naturaleza laboral y no como un medio de control de carácter electoral, por lo cual su conocimiento le compete a la Sección Segunda según lo dispuesto en el Acuerdo No. 55 de 2003....” (Subrayas y negrillas fuera de texto).

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, auto de 15 de septiembre de 2016, expediente 11001-03-28-000-2015-00017-00, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez]

carácter político del acto acusado como manifestación legítima de poder, razón por la cual no era enjuiciable mediante la nulidad electoral.

La Sala encuentra que conforme a los hechos probados, mediante la prueba documental que reposa en el expediente, se observan los siguientes extremos que interesan, a fin de dilucidar el asunto:

La decisión judicial a la que hace referencia el excepcionante es la contenida en el fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 18 de julio de 2019, dentro del radicado 73001-23-33-002-2018-00204-03¹³, en el que el señor **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ** demandó en nulidad electoral la elección del Personero Municipal de Ibagué de 14 de marzo de 2018 y que había recaído en el hoy demandado **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**.

En esa oportunidad se consideró que no eran admisibles ni justificables las razones expuestas por el órgano elector de haber desconocido los resultados del concurso de méritos en el que el primer lugar fue obtenido por el señor **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ**, pues el Concejo esgrimió un argumento incierto de situaciones de inelegibilidad, ante la posible inhabilidad por haber fungido como Contralor Departamental del Tolima y la existencia de un presunto conflicto de intereses devenido del ejercicio docente hora cátedra en la ESAP, quien fue la entidad encargada de desarrollar el proceso de selección objetiva para la elección de Personero Municipal, por lo que la Sala Electoral consideró que el Concejo contrarió el principio de mérito y el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, en concordancia con el artículo 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

Es más, luego de analizar en concreto los soportes de las supuestas causales de inelegibilidad, la Sección Quinta en la sentencia de marras, concluyó que no se reunían los elementos generadores de la misma, aunado a que el conflicto de intereses no constituye causal de nulidad electoral y tampoco encontró demostrado que la ESAP hubiera favorecido al elegido **HINCAPIÉ GONZÁLEZ**.

En consecuencia, y para lo que interesa a esta apelación, la decisión proferida por la Sección Quinta confirmó los numerales primero a tercero de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima de 28 de marzo de 2019, cuya literalidad es la siguiente:

***“Primero.** Declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

***Segundo.** Declarar la nulidad del acto de elección del señor **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA** como Personero Municipal de Ibagué.*

***Tercero.** Retrotraer el ‘concurso público abierto de méritos desde la etapa de elección, inclusive, del Personero Municipal de Ibagué, para lo cual el Concejo Municipal de Ibagué, efectuará la elección para ocupar el empleo de Personero Municipal, por el período que finaliza el último día de febrero de 2020, conforme a*

¹³ M.P. Dra. Rocío Araujo Oñate.

la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué, el 3 de noviembre de 2017, atendiendo al principio y criterios de méritos”.

Esta última resolutive es la que permite evidenciar que todo lo acontecido pos decisión jurisdiccional sí se encuentra dentro de los terrenos del proceso eleccionario, pues la vuelta al cargo del hoy demandado **OSSA BOCANEGRA** tiene su origen en que luego de retrotraer y rehacer el proceso de selección objetiva el elegido fue el señor **HINCAPIÉ GONZÁLEZ**, quien independientemente de las razones propias, no concurrió a manifestar inequívocamente su aceptación al cargo de Personero para el cual fue elegido y, por ende, tampoco se posesionó, por lo que el Concejo Municipal procedió a elegir al segundo de la lista de elegibles.

Ahora bien, la manifestación de la célula administrativa en indicar que daba cumplimiento al fallo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, es ante todo una consecuencia propia del respeto entre las ramas del poder público y del basamento de legalidad y legitimidad del Estado Social del Derecho, dentro de su rúbrica de respeto por las instituciones y por las decisiones de la rama judicial, aunado a que, como ya se vio, incluso la decisión de la Sección Quinta es clara en mantener la dinámica del concurso de méritos al retrotraer hasta cierta etapa concursal y ordenar la continuidad en la siguiente, e incluso bajo las directrices de la Resolución 191 de 26 de junio de 2019 expedida por el Concejo Municipal con la que dio cumplimiento al fallo y rigió el proceso de elección del Personero, sin que con ello se coarte la manifestación política eleccionaria del órgano nominador.

Es más, de las consideraciones subsiguientes del fallo de 18 de julio de 2019 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, se advierte que en el caso de personeros si bien es cierto debía respetarse la lista de elegibles de conformidad con la ley, ello no atentaba contra la facultad electoral del concejo municipal, pues incluso, podría advertir nuevas circunstancias que impidían elegir al primero, lo que hace parte de su función electoral:

*“98. La importancia de la modificación introducida por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 ha sido destacada por esta Sección, toda vez que introdujo un nuevo paradigma en tratándose de la elección de personeros, pues la misma “dejó de estar al arbitrio del concejo municipal, quien en todo caso conservó sus facultades de nominación, pero ya no sujeto a los vaivenes del amplio margen de liberalidad que le confería el ordenamiento jurídico, sino por medio de la realización de un procedimiento objetivo y reglado, que tiene el mérito por criterio orientador, **aunque, en todo caso, no despoja a dicha corporación pública de todo su poder de configuración eleccionaria**”.*

*99. En efecto, vale la pena recordar que la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2013, al analizar la anterior disposición, estimó totalmente ajustado al ordenamiento jurídico que la elección de personero fuera producto de un concurso de público de méritos, cuyo resultado debe **respetarse, sin que ello signifique que se cercenara la competencia de elección en cabeza de los concejos municipales y distritales, debido a que:***

- “La Carta Política consagra expresamente el sistema de méritos como el mecanismo general de vinculación al sector público, y porque éste está dirigido al cumplimiento de los fines estatales y a asegurar los derechos fundamentales de acceso a la función pública en condiciones de igualdad y al debido proceso”.

- “Segundo, porque de acuerdo con la normativa superior, la Corte ha señalado explícitamente que el concurso es constitucionalmente admisible, incluso para la elección de los funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los funcionarios sujetos a un período fijo, tal como ocurre en esta oportunidad.

- “Las acusaciones por el debilitamiento del principio democrático parten de una concepción de los concejos municipales que no se ajusta a la normativa superior. En efecto, los accionantes argumentan que, en tanto los concejales son elegidos, a través del sufragio, como representantes de la voluntad general, sus decisiones deben ser adoptadas a partir de dinámicas abiertas y flexibles, y no a partir de procedimientos rígidos que bloquean el debate y la deliberación pública. Este argumento supone que la Carta Política se adhiere únicamente al paradigma de la democracia representativa, cuando el ordenamiento superior reconoce el principio en términos amplios y generosos, admitiendo también la democracia sustancial, la democracia deliberativa y la democracia participativa”.

- “En consonancia con los postulados de la democracia participativa, el concurso público de méritos materializa la intervención ciudadana en distintos sentidos: de un lado, porque cualquier persona que cumpla los requisitos y condiciones para ejercer el cargo de personero, puede tomar parte en el respectivo proceso de selección; esta apertura no es propia ni característica de las dinámicas informales en las que discrecionalmente los concejos conforman su repertorio de candidatos. Y de otro lado, porque como se trata de un procedimiento público y altamente formalizado, cualquier persona puede hacer el seguimiento respectivo, y detectar, informar y controvertir las eventuales irregularidades. En definitiva, la publicidad, transparencia y formalización del proceso incentivan la participación ciudadana. Se trata de un proceso democrático, no en tanto se delega en los representantes de la ciudadanía la conducción política, sino en tanto la ciudadanía interviene activamente y controla la actividad estatal”.

(...)

161. Es más, la orden de retrotraer el concurso para que se efectúe la elección conforme a la mencionada lista, también constituye una consecuencia de la aplicación de las normas que fueron desconocidas, los artículos 35 de la Ley 1551 de 2012 (que modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994) y 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, en la medida que establecieron la existencia de un concurso de méritos para llevar a cabo dicha elección teniendo en cuenta en estricto orden la lista de elegibles que se produzca.

162. Asimismo se observa que el **A quo no ordenó el nombramiento del demandante en el referido cargo, sino que se efectuara la elección correspondiente de conformidad con la lista de elegibles, lo cual resulta acertado, en la medida que el Concejo Municipal de Ibagué en cabeza de quien está la facultad electoral, podría advertir situaciones distintas a las ventiladas en esta oportunidad, que objetivamente impidieran la elección de quien obtuvo el primer lugar en el concurso de méritos**, razones que por supuesto jurídica y probatoriamente deben estar sustentadas como se ha explicado a lo largo de esta providencia, so pena de desconocer el principio rector de dicha elección. **De manera tal que con la orden proferida se respeta la facultad de nominación legal y constitucionalmente asignada a la referida corporación de elección popular**”. (Destacados fuera de texto).

Si la situación de que se cuente con una decisión jurisdiccional en lo electoral se entendiera como un mecanismo de mellar la voluntad del órgano elector se diría que Colombia estaría estructurada en la “tiranía de los jueces” en este caso del operador electoral y nada más alejado y ajeno a la realidad, en tanto la competencia jurisdiccional deviene de la Constitución Política y de la Ley y busca preservar y garantizar los altos principios democráticos.

Para la Sala, el apelante con su argumentación de alzada, desconoce no solo el trámite propio de elección del Personero y la naturaleza del acto eleccionario del Personero al rebajarlo a un acto de mera ejecución, que incluso daría para predicar que no es enjuiciable como acontece con la mayoría de actos de esta clase, sino que asimismo ignora el alcance de la decisión jurisdiccional referida, en tanto el proceso de concurso de méritos de Personero tiene como última finalidad para entenderse finiquitado, la provisión efectiva del cargo que se ha ofertado, por lo que resulta ajeno tanto a los propósitos de esa selección objetiva, como también al marco de la función jurisdiccional del juez electoral pretender que con la lista de elegibles el acto deja de ser electoral y menos que con una decisión jurisdiccional como la que se adoptó el 18 de julio de 2019 se haya coartado la voluntad política eleccionaria del Concejo como órgano nominador del Personero.

Además, lo cierto es que la lista de elegibles ha sido antecedita por el actuar proactivo del Concejo Municipal dentro de los marcos de discrecionalidad que el legislador le ha otorgado dentro del concurso de méritos, compuesto desde la convocatoria de las etapas de selección objetiva que se han ido agotando como parte de un todo, en aras de lograr la elección del Personero, por lo que resulta por demás extraño que ahora el recurrente afirme que la elección del demandado es una decisión de ejecución, pues no fue la autoridad judicial quien le impuso nombre de candidato alguno.

Si se diera valía a la tesis planteada por el apelante llevaría a que todas aquellas decisiones que se adopten, luego de conformadas las lista de elegibles como parámetro de finalización del trámite eleccionario, no pudieran ser conocidas por los operadores de las nulidades electorales o de los medios de control afines a los asuntos electorales y anuladas en las etapas donde se advierte en forma clara la irregularidad.

Finalmente, aunque el recurrente no lo insiste en la apelación, pero sí se observa en la formulación del medio exceptivo, al basarse en un salvamento de voto de uno de los integrantes de la Sección Quinta¹⁴, la Sala aclara que los argumentos planteados en disidencias al voto, tanto por vía de salvamento o aclaración, si bien constituyen un aspecto muy ilustrativo dentro de la dinámica de la administración de justicia y propio del ejercicio de la labor jurisdiccional, lo cierto es que mientras tales tesis no logren la mayoría para convertirse en posición jurisprudencial, se quedan en el campo de la minoría y no trascienden más del contexto de una opinión interesante y sólida, pero personal de quien aclara o salva el voto, sin que sea viable con base en ello estructurar un argumento modificador de la decisión ya adoptada por la voluntad mayoritaria jurisdiccional.

Sin perjuicio de lo anterior, en principio, tampoco la opinión personal vertida en el salvamento se compadece con los argumentos de la apelación, pues aquella se sustentó en el acto eleccionario derivado de un concurso de méritos, mientras que la apelación y la excepción de trámite inadecuado se apoyaron en dos vertientes (acto de ejecución o cumplimiento de fallo y pretensión de restablecimiento del derecho), como se señaló al inicio de las consideraciones de esta providencia, por lo que tampoco le

¹⁴ Hace referencia a la disidencia del ex Magistrado Yepes Barreiro al auto de 27 de septiembre de 2018, dentro del radicado 2018-00204-01.

sería predicable ni útil al demandado como fundamento para sus postulaciones exceptivas de defensa.

Por todo lo anterior, la Sala considera que el trámite de la nulidad electoral instruido por el Tribunal *a quo* fue el adecuado y, por tanto, no encuentra fundamento para revocar la decisión.

4.2. La demanda contiene pretensión de restablecimiento del derecho

La Sala hace claridad en que dentro del traslado de la excepción los sujetos procesales y el Ministerio Público no aludieron a este argumento, pues se centraron en la censura anterior.

Como se esbozó en renglones anteriores, la posibilidad de que en materia electoral se incoe la demanda bajo el ropaje del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho es viable, siempre y cuando ese restablecimiento sea circunscrito al llamado “restablecimiento de carácter político”, esto es, al afecto a aquellas decisiones que buscan retrotraer las cosas al estado o situación política que se tenía antes de la expedición del acto irregular que se ha anulado.

Lo anterior para dar claridad que el restablecimiento en materia de los asuntos electorales no puede ser de índole económica, prestacional, salarial o indemnizatorio de perjuicios por los daños devenidos del propio acto, precisamente porque la nulidad electoral y los asuntos afines a lo electoral tocan transversalmente a los presupuestos democráticos y de legitimidad de las instituciones públicas –entendidas en sentido amplio- que trascienden los intereses particulares económicos de quienes se vieron afectados con el asunto electoral judicializado.

El tema del restablecimiento del derecho de estirpe político no es nuevo dentro del trasegar del juez electoral, pues de tiempo atrás ha sido una figura presente, aunque si bien no muy utilizada por la comunidad jurídica, su existencia es latente y necesaria dentro de la dinámica de las judicializaciones de asuntos electorales. En efecto, así se advierte de la siguiente consideración adoptada en sentencia de la Sección Quinta, al estudiar la censura sobre la supuesta indebida selección de la acción (hoy medio de control): *“Indebida selección de la acción, porque la acción procedente era la de nulidad y restablecimiento del derecho y no la electoral. La excepción no prospera porque es evidente que la acción incoada por el demandante es la electoral y no la de nulidad y restablecimiento del derecho, tal y como se desprende del contenido de las pretensiones de la demanda, en los siguientes términos “Que es nulo el acto de elección por medio del cual la Comisión Escrutadora Municipal (Boyacá) declaró la elección de Miller Leandro Benítez como del Municipio de Tuta”; **y si bien es cierto que la segunda pretensión está orientada a que el cargo de concejal del Municipio de Tuta que ejerce el demandado sea ocupado por el señor Pablo Javier..., tal petición solo procedería en el caso de declararse la nulidad de la elección y como consecuencia de ella; es decir, que se trata de un acto necesario para la ejecución de la sentencia tal como se explicó en el análisis de la primera excepción.**”*¹⁵

¹⁵ Sentencia de 21 de junio de 2005. Radicación número: 15001-23-31-000-2003-02899-01(3699). Actor: Claudia Inés Corredor Soto. Demandado: Concejal del Municipio de Tuta. M.P. Dr. Reinaldo Chavarro Buriticá.

Tampoco puede confundirse con el restablecimiento político derivado de la declaratoria de nulidad del acto electoral, con las decisiones consecuenciales *ope legis*, en tanto es el legislador, quien en forma perentoria ha considerado que son resoluciones que deben estar necesariamente conexas o derivadas de la decisión que se adopta, la Sala hace referencia a los aspectos que se derivan legalmente, por ejemplo, de la declaratoria de nulidad de una elección por voto popular, en la que la normativa es perentoria en indicar que en caso de ser necesario realizar nuevos escrutinios, estos estarán a cargo del juez que adoptó la decisión anulatoria, así como la cancelación de credenciales a los elegidos indebidamente y el otorgamiento de las nuevas credenciales a los ganadores por voluntad popular o también en el campo administrativo la provisión del cargo o curul que el nominador competente debe hacer en caso de vacancia absoluta del cargo, sin que medie petición alguna o pueda predicarse que se está en el ámbito de la pretensión procesal de restablecimiento del derecho.

Y es que esas determinaciones consecuenciales a la nulidad declarada judicialmente previstas por el legislador a las que se hace referencia no son propiamente un restablecimiento del derecho político entendido desde la óptica de las pretensiones procesales de la nulidad en asuntos electorales a petición de parte o automáticas de restablecimiento. Son formas de materializar y hacer eficiente la labor de reordenar o reestructurar la democracia en el campo de las instituciones públicas que le dan movimiento, cohesión e integración y de la conformación de las mismas, de cara a sus dirigentes y a quienes regirán y direccionarán su desenvolvimiento y actuación.

Casos ejemplificadores de ello son las siguientes decisiones, adoptadas dentro del contencioso electoral por la Sección Quinta:

“En reciente jurisprudencia¹⁶ la Sala ha admitido que también puede conocer de demandas de nulidad y restablecimiento del derecho en materia electoral cuando se debate el tema de los períodos atípicos de los alcaldes.

(...)

Significa entonces que la acción electoral cuya finalidad es restablecer el orden jurídico trasgredido con un acto administrativo de elección o de nombramiento, por su carácter de pública, puede ser incoada por cualquier ciudadano sin que sea necesario que el demandante sea afectado directamente con el acto administrativo acusado ni se extienda a él la decisión que adopte el juez en la sentencia.

*Adicionalmente **puede suceder que para la ejecución de la sentencia se requiera la práctica de un nuevo escrutinio que determine una nueva declaración de elección y el otorgamiento de nuevas credenciales a quienes resultaren elegidos como consecuencia de la declaración de nulidad. Ha dicho la Sala que “Se trata, entonces, de diligencias y providencias que corresponde realizar o proferir al órgano judicial, en el mismo proceso, a continuación de la sentencia y para su ejecución, esto es, que se trata de actos de ejecución de carácter judicial”¹⁷.***

*Examinada la demanda se observa ... que la pretensión principal de la demandante es obtener la nulidad del acto administrativo de elección del señor ... como concejal del Municipio de Tuta y como consecuencia de esta declaración, **que el cargo que quede***

¹⁶ Sentencias de 19 de agosto de 2004, Exp. 3386; de 11 de marzo de 2005, Exp. 3699 y de 24 de febrero de 2005, Exp. 3468.

¹⁷ Sección Quinta, Auto de 30 de septiembre de 1999, Exp. 2336.

vacante, sea ocupado por el candidato siguiente en votación. En consecuencia no son de recibo las afirmaciones del demandado en cuanto que la pretensión de la demandante es obtener el ingreso del señor Pablo Javier... como Concejal de Tuta porque está comprobado que la finalidad principal es obtener la nulidad del acto de elección, restablecer el orden jurídico y siendo así, debe concluirse que la excepción de “falta de legitimación en la causa por activa” no puede prosperar.”¹⁸. (Destacados y subrayas fuera de texto).

Pues bien, en el sub lite, observada la *causa petendi* de la demanda que ocupa la atención de esta Sala y que obra a folios 11 a 13 del cuaderno 1, cotejada en forma precisa con el auto admisorio de la misma, que reposa a folios 110 a 115 del mismo cuaderno, se tiene que el asunto fue judicializado en ejercicio de la acción de nulidad electoral, conforme a la postulación hecha en la demanda tanto en su inicio como en el capítulo de procedimiento y la literalidad de las pretensiones que convocan al juez electoral fueron las siguientes:

“1. Que los Honorables Magistrados, se sirvan declarar la NULIDAD del acto de ELECCIÓN y POSESIÓN del señor CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA, identificado con la C.C. No. 14.297.021, como Personero Municipal de la ciudad de Ibagué, realizada por el Concejo Municipal de Ibagué en Sesión Extraordinaria del 09 de Septiembre de 2019, según acta de elección del día 09 de septiembre de 2019 y Acta de posesión del 09 de Septiembre de 2019, por violación al procedimiento establecido en la Ley y en su propio reglamento el cual regula la forma de adelantar las sesiones extraordinarias y hacer una elección.

*Lo anterior, se deriva en que en las sesiones Extraordinarias exclusivamente el Concejo está facultado para abordar los temas para los que se cita y en este caso entre otro tema, se citó para **POSESIÓN** del Personero, sin estar ni siquiera elegido con anterioridad para poderle dar la posesión, como lo es el caso del señor **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA**, identificado con C.C. N° 14.297.021.*

*5. Solicito a los Honorables Magistrados se sirvan declarar la NULIDAD de la Resolución 191 del 26 de julio de 2019 ‘Por medio de la cual se da cumplimiento al fallo del Honorable Consejo de Estado Sección Quinta que confirmó la nulidad de la elección del señor **CAMILO ERNESTO OSSA BOCANEGRA** como Personero Municipal de Ibagué’.*

La anterior solicitud, se eleva por cuanto a la fecha de expedición de este acto, la providencia que se cita del Consejo de Estado en su Sección Quinta, aún no se encontraba debidamente notificada personalmente y ejecutoriada, lo que contraría con (sic) la Ley y violación (sic) al debido proceso entre otros. De igual manera en dicho acto se cita al señor EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ para elegirlo como personero el día 29 de julio de 2019 a las 9:00 Am (sic) y dicha elección según el Acta N° 120 de fecha 30 de julio de 2019, en esta fecha es que lo eligen como personero de la ciudad de Ibagué para el resto del período, existiendo una incongruencia en cuanto a las fechas y horas.

De igual forma consta en documento que la fecha del auto emitido por el Tribunal de Cúmplase y Obedézcase lo resuelto por el superior data del día 6 de agosto de 2019 y las notificaciones personales del fallo a los sujetos procesales o partes en el proceso, datan del día 8 de agosto de 2019, es decir, a partir de esta fecha es que el Concejo debió

¹⁸ Sentencia de 21 de junio de 2005, radicado 15001-23-31-000-2003-02899-01(3699). Actor: Claudia Inés Corredor Soto. Demandado: Concejal del Municipio de Tuta. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá. Sobre el mismo tema véase fallo de la Sección Quinta de 19 de agosto de 2004. Radicación: 20001-23-31-000-2003-3616-01(3386). Actor: Procurador Regional del Cesar. Demandado: Alcalde del Municipio De Becerril. M.P. Darío Quiñones Pinilla, en la que se lee la siguiente consideración, en referencia a la nulidad electoral: “por cuanto es de naturaleza popular y no busca el restablecimiento de un derecho lesionado...., se tiene que la pretensión de nulidad de contenido electoral tiene como finalidad la de preservar la legalidad en abstracto, por lo que, por regla general, **no se discuten derechos subjetivos.**” (Destacados fuera de texto)

legalmente haber adoptado el fallo de segunda instancia y no antes como apresuradamente lo realizaron.

6. Que como consecuencia de todo lo anterior, solicito de los Honorables Magistrados que se ordene al Concejo Municipal de Ibagué, emitir una nueva Resolución en la cual ya estando debidamente notificado y ejecutoriado el fallo de segunda instancia de la Sección Quinta del Consejo de Estado con radicado 73001233300220180020403, se cite en cumplimiento de dicha sentencia, al que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, para elegir el cargo de Personero de la ciudad de Ibagué por el período que finaliza el último día del mes de febrero del año 2020, acatando el principio y criterio del mérito.

7. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Es claro para la Sala que cuando las pretensiones no puedan encausarse por el mismo procedimiento, más allá del trámite inadecuado, se estaría frente a una ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones, que es solucionable por el operador jurídico, mediante el rechazo de la pretensión ajena a la causa o si el tiempo de admisión de la demanda se ha sobrepasado, el juez puede sanear la situación en la etapa subsiguiente encausando el debido proceso, pero si la situación persiste y llega a la sentencia, aun puede declararse inhibido sobre la pretensión extraña y conocer sobre lo que sí ha estado conforme con el trámite legal.

En la misma línea, las pretensiones de nulidad electoral se regentan por el procedimiento previsto en los artículos 276 y siguientes del CPACA y con los artículos 139, el 164, 228 y con todas aquellas normas aplicables por el principio de unidad normativa y remisión a los aspectos no regulados en las normas especiales (art. 296 ejusdem). Por su parte, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, incluso en temas electorales debe emplear el procedimiento previsto para el proceso ordinario contencioso administrativo, a partir del capítulo I del Título V, intitulado demanda y proceso contencioso.

Contrasta en los medios de control vistos, la especialidad de la nulidad electoral con la regularidad del contencioso ordinario de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho que a pesar de recaer en un principio misional de rebatir la presunción de legalidad del acto electoral o de fincarse en temas electorales variados, los lleva a escindirse en materia de presupuestos procesales, requisitos, caducidad y demás rubros procedimentales.

Tal predicado diferencial ha sido conocido por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo desde épocas pretéritas incluso en vigencia del derogado CCA:

“Es verdad que en ejercicio de la acción de nulidad electoral sólo hay lugar a declarar la nulidad de los actos de elección o nombramiento de que se trate, como se infiere de lo establecido en los artículos 223, 226, 227, 228 y 229 del Código Contencioso Administrativo y 7° de la ley 14 de 1988, y, en ciertos casos, a disponer la práctica de un nuevo escrutinio, cuya ejecución corresponde al Consejo de Estado o a los tribunales, según los casos, y a otorgar nuevas credenciales y cancelar las iniciales, según lo establecido en los artículos 247, 248 y 249 del mismo Código. La solicitud de restablecimiento del derecho que se alegue violado sólo procede en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento instituida en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo. Pero cuando impropiaamente se

acumulan pretensiones en uno y otro sentido, contra lo dispuesto en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, advierte la Sala, cuando pueda entenderse la demanda y resolverse acerca de algunas de sus pretensiones, así debe hacerlo el juez, e inhibirse sólo para decidir acerca de las demás.

“Para el caso, entiende la Sala que la demanda se dirige, principalmente, a obtener la declaración de nulidad del acto de elección, de manera que sólo decidirá acerca de la misma, pues nada impide un pronunciamiento de mérito al respecto; y habrá de inhibirse acerca de las pretensiones de restablecimiento del derecho.”¹⁹

Y en otro pronunciamiento, se decantó por las siguientes consideraciones:

“Sobre la procedencia de la acción de nulidad contra los actos de contenido electoral y la competencia de la Sección Quinta para conocer de las acciones de nulidad que se ejerzan en su contra, manifestó la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia de 9 de julio de 1.997, Radicación número: S-712, lo siguiente:

“...Con fundamento en la facultad otorgada por el Art. 96 - 7 ibídem, reiterada en los artículos 35 - 5 y 36 de la Ley 270 de 1.996, la Sala Plena del Consejo de Estado mediante Acuerdo 39 de 1.990 asignó a la Sección Quinta, entre otras atribuciones, la de conocer de los procesos de nulidad de actos de contenido electoral, definidos en proveído fechado a 3 de noviembre de 1.994 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo “como aquellas manifestaciones de voluntad administrativa que se dictan en desarrollo de la legislación electoral, en orden a perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la votación del elector expresada en las urnas, y a los ciudadanos el derecho de organizarse en partidos y movimientos políticos, en los términos de la Constitución y la ley, y ejercer a través de ellos sus derechos”. -(Expediente No.3104)-.

En el presente caso el acto acusado es la Resolución No.62 de 1.996, expedida por el Consejo Nacional Electoral para revocar parcialmente el Acto declaratorio de la elección del Alcalde de Fresno producido por la Comisión Escrutadora Municipal con fecha octubre 24 de 1.995, solo “...en lo que tiene que ver con la fecha de vencimiento del período como Alcalde, ya que esta indica “para el resto del período de 1995 a 1.997” “, pues determinó como tal el comprendido entre el 25 de octubre de 1.995 y el 25 de octubre de 1998-.

No está demandada, entonces, la elección misma sino el período para el cual el Consejo Nacional Electoral declaró elegido alcalde al señor Luis Hernando Tabares Escobar, es decir, el señalamiento de uno diferente al previsto en la legislación, en acto administrativo proferido por autoridad electoral del orden nacional. -

Es de observar, además, que de prosperar las pretensiones no obtendría el actor restablecimiento de derecho alguno. - Esa no es la finalidad de la acción ejercitada. - Simplemente busca que al elegido se limite el período de su condición de alcalde al que le señaló la Comisión Escrutadora Municipal, en defensa del interés de todos los ciudadanos a que se respete su voluntad expresada en las urnas. -Por ello la acción ejercitada, como bien lo precisó el actor, es la de simple nulidad-.

La Sala acoge y prohíja ésta hermenéutica en cuanto el acto enjuiciado en el sub lite comprende dos voluntades administrativas; por un lado iniciar una actuación administrativa y política que culminará con una declaratoria de elección y el establecimiento de unas regulaciones generales de la misma, y por otro, la

¹⁹ Sección Quinta. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación 25000-23-24-000-2002-00140-01(3333). Actor: Diana Marcela García Pacheco. Demandado: Contralor Municipal de Tunja y otros. M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá, en la que se cita en transcripción el aparte referido y que corresponde a la sentencia de la misma sección de 2 de junio de 1996. Expediente No. 1558. En el mismo sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2005, expediente 3145.

terminación anticipada de un periodo de ejercicio del cargo discernido mediante una declaración anterior.²⁰ (Subrayas y destacados fuera de texto).

Ilustrativas en grado sumo resultan las decisiones referidas que dan cuenta que en materia electoral es variado el abanico de medios de control que puede asumir el juez electoral dentro de una conexidad entre el contenido del acto que se demanda, la intención y propósitos del demandante y lo que en el trasfondo se judicializa ante el contencioso electoral, en lo que reiteradamente se ha dicho se debe tener en cuenta que no quede al arbitrio del interesado la gobernabilidad del medio de control, sobre todo en lo referente al término de caducidad, dada la divergencia legal de los mismos, pues el objeto de la demanda marca el *iter* que el juez debe analizar sobre el medio de control adecuado con el que debió acudir a la administración de justicia.

En el *sub júdice* la **pretensión principal** de la demandante es la nulidad del acto de elección del demandado en calidad de Personero Municipal de Ibagué, por lo que se evidencia que el medio de control sí corresponde al de la nulidad electoral, conforme a lo ya visto respecto del artículo 139 del CPACA.

Ahora bien, la Sala se detiene en la pretensión sexta pre transcrita en la que solicita que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto de elección, en cumplimiento de la sentencia se cite al que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles **EFRAÍN HINCAPIÉ GONZÁLEZ** *“y/o a todos los que conforman la lista de elegibles, para elegir el cargo de Personero... acatando el principio y criterio del mérito”*.

Tal formulación, en los términos gramaticales empleados no es indicativa de un restablecimiento del derecho sino de aquellas órdenes consecuenciales propias de la nulidad electoral devenida de los actos declaratorios de una elección, luego de surtida una selección objetiva y que incluso en su redacción es parafraseada de la decisión que adoptó la Sección Quinta en su fallo de 18 de julio de 2019, en el que se confirmó el numeral 3º de la sentencia del Tribunal del Tolima de 28 de marzo de 2019, al disponer:

*“**TERCERO.** Retrotraer el ‘concurso público abierto de méritos desde la etapa de elección, inclusive, del Personero Municipal de Ibagué, para lo cual el Concejo Municipal de Ibagué, efectuará la elección para ocupar el empleo de Personero Municipal, por el período que finaliza el último día de febrero de 2020, conforme a la lista de elegibles publicada por la mesa directiva del Concejo de Ibagué, el 3 de noviembre de 2017, atendiendo al principio y criterios de méritos’”.*

Por lo que a diferencia de lo planteado por el recurrente, la Sala no advierte en el propósito del actor **ABEL RUBIANO ACOSTA**, la intención de inclinar la pretensión a favor de un tercero, como tampoco que dentro de la figura del restablecimiento del derecho político, el que se aluda a la lista de elegibles constituya una pretensión resarcitoria en particular para algún interés propio y subjetivo o a favor de un tercero.

Valga recordar que como ocurre con los actos que declaran una elección, las modificaciones que se introducen, bien sea administrativas electorales o decisorias

²⁰ Sección Quinta. Sentencia de 27 de julio de 2006, Radicación 11001-03-28-000-2006-00001-00(3913). Actor: Miguel Hernando González Rodríguez. Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil. M.P. Darío Quiñones Pinilla.

jurisdiccionales a las declaraciones eleccionarias primigenias, conllevan un interés de doble vía, de una parte, para el afectado, en su condición o bien de elegido o bien de no elegido si su propósito es plantear su mejor derecho a ocupar el cargo (interés subjetivo susceptible de restablecimiento en concreto), y a su vez, para la comunidad en general y para la democracia, como quiera que se trata de decisiones que se relacionan o afectan de manera directa a la manifestación de la voluntad política tanto del corporativo elector como de la comunidad que esperan que sea elegido dentro de organismos públicos, como la Personería, a quien acredite mayores calidades y méritos (interés de proteger la legalidad objetiva en abstracto).

Es en esos particulares puntos de interés subjetivo u objetivo en abstracto que el juez debe detener su atención para observar si el medio de control fue el adecuado y el trámite procesal fue el correcto y para el sub lite la Sala encuentra que sí es el de la nulidad electoral y que no se advierte un restablecimiento del derecho expreso ni automático, de aquellos que desnaturalicen la acción electoral a otro medio de control como el de la nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que no se solicita nombrar específicamente a una persona sino tener en cuenta la lista de elegibles, frente a la cual el Concejo municipal conserva la facultad de indicar si frente a los enlistados existe, por ejemplo, circunstancias de inelegibilidad, de manera tal que de la demanda ni de las circunstancias que rodean el caso puede desprenderse un restablecimiento.

Precisado lo anterior, la Sala confirmará la decisión del *a quo* de declarar no probada la excepción de trámite inadecuado o como la nominó el excepcionante –hoy recurrente– haber dado al proceso trámite diferente al que corresponde.

En mérito de lo expuesto la Sección Quinta del Consejo de Estado,

III. RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 22 de enero de 2020, dictado en el transcurso de la audiencia inicial, por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual declaró no probada la excepción de “haberse dado a la demanda el trámite de un proceso diferente al que corresponde”.

SEGUNDO. Ejecutoriado este auto, **REGRESE** el expediente al Tribunal Administrativo del Tolima para que se continúe con el proceso de nulidad electoral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAUJO OÑATE

Magistrada

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado