



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrado ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicado: 19001-23-33-000-2022-00108-04
Demandantes: MANUEL JOSÉ CASTRILLÓN BALCAZAR y JUAN MIGUEL VICTORIA PIZO
Demandado: JAIME ANDRÉS BONILLA VALLECILLA - PERSONERO POPAYÁN, (CAUCA)

Tema: Elección de personero municipal

SENTENCIA – SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia del 17 de noviembre de 2022, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda tendientes a obtener la nulidad del acto mediante el cual se eligió como personero municipal de Popayán al señor Jaime Andrés Bonilla Vallecilla, para lo que resta del periodo 2020 – 2024.

I. ANTECEDENTES

1.1 Pretensiones

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 del CPACA, los accionantes formularon demanda¹ con las siguientes pretensiones:

DECLÁRESE LA NULIDAD de la elección del señor JAIME ANDRÉS BONILLA VALLECILLA, identificado con la cédula de ciudadanía No 4.617.697 como Personero Municipal de Popayán para el periodo institucional 2020-2024 y, en particular de los actos administrativos contenidos en: 1) Resolución No 20221100000265 de 2022 con fecha del 08 de marzo de 2022, mediante la cual se conformó la lista de elegibles y se citó para la elección y posesión dentro del concurso de méritos para la elección del Personero Municipal de Popayán para el resto del periodo institucional 2020-2024; 2) Resolución No 20221100000285 de 2022 con fecha del 11 de marzo de 2022, mediante la cual se conformó la lista

¹ El libelo fue admitido mediante providencia del 22 de abril de 2022 cuyo radicado fue 19001-23-33-000-2022-00108-01.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

definitiva de elegibles y se citó para la elección y posesión dentro del concurso de méritos para la elección del Personero Municipal de Popayán para el resto del periodo institucional 2020-2024; 3) Decisión contenida en el Acta Número 20 del 12 de marzo de 2022, en virtud de la cual el CONCEJO MUNICIPAL DE POPAYÁN, eligió con una votación de 16 votos a favor al señor BONILLA VALLECILLA, como Personero Municipal para lo que resta del periodo 2020-2024, con la cual se habría consumado la elección. Lo expuesto con ocasión de las causales objetivas para la nulidad electoral que se desarrollaron en el acápite correspondiente.

2. Que, como consecuencia de lo anterior, se ORDENE al MUNICIPIO DE POPAYÁN-CONCEJO MUNICIPAL para que, en el marco de sus competencias, realice un nuevo concurso público abierto de méritos desde la prueba de conocimientos para elegir Personero Municipal de Popayán para el periodo institucional 2020-2024.

1.2 Hechos

Los actores manifestaron como fundamento fáctico que:

A través de sentencia de segunda instancia², el 17 de junio de 2021 la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la totalidad del acto de elección y, como consecuencia, ordenó realizar nuevamente el concurso de méritos a partir de la prueba de conocimientos.

En este orden, el concejo municipal a través de la Proposición 035 del 31 de julio de 2021 autorizó a la mesa directiva, para seleccionar una universidad o institución de educación superior, pública o privada o una entidad especializada.

Informaron que, la selección de la Universidad -CUC-, vulneró las normas contractuales debido a que “*nunca hubo invitación pública*”, ya que la publicación del proceso de selección en el SECOP fue el 05 de noviembre de 2021, sin embargo, la apertura de la convocatoria se produjo el 26 de octubre de 2021, el acta de evaluación el 28 de octubre y, la comunicación del resultado seleccionando a la Corporación Universidad de la Costa -CUC- el 29 de octubre.

Así mismo, los demandantes manifestaron, que dicha selección contractual tuvo “*estudios posteriores*” y no “*estudios previos*” ya que primero se seleccionó al contratista y luego se justificó la modalidad de contratación directa, sumado a ello, la convocatoria únicamente otorgó un día y medio para la presentación de propuestas ante el concejo municipal, vulnerando el inciso final del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, que recoge el principio de publicidad y transparencia.

² Sentencia 17 de junio de 2021 proceso con radicado 19001-23-33-000-2020-00084-01.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Destacaron que a través del artículo segundo de la Resolución 20211100001685 del 19 de noviembre de 2021 el concejo municipal reanudó la convocatoria del concurso público y dispuso que el cronograma solo podría ser modificado o complementado por la mesa directiva cuando existieran “*necesidades del proceso de selección*”, hecho que debía divulgarse en la página web oficial de la Corporación y no se hizo.

Por lo tanto, indicaron que nunca existió un motivo real y serio para expedir “*dos suspensiones – modificaciones*” al cronograma. **El primero**, Resolución 20211100001685 del 24 de noviembre de 2021, que estableció nueva fecha para la realización de la prueba de conocimientos y competencias laborales en la Fundación Universitaria de Popayán - Sede San Camilo, la cual no se pudo realizar por falta de logística e inexistencia de protocolos de bioseguridad, tal como se constató en acta suscrita por la Procuraduría Regional del Cauca. **El segundo**, Resolución 20211100001735 del 26 de noviembre de 2021, que suspendió el cronograma del concurso, el cual se reanudó el 15 de diciembre a través de Resolución 20211100001905 y que fijó el 20 de diciembre de 2021 para la prueba de conocimientos y de competencias laborales en la citada fundación universitaria. Llegado dicho día, tampoco pudo llevarse a cabo, debido a que no se gestionó el permiso ante la institución educativa para el ingreso de los concursantes a las instalaciones.

En igual sentido, el Concejo Municipal de Popayán expidió la Resolución 20211100001965 del 22 de diciembre de 2021, “*modificando injustificadamente*” el cronograma del concurso de méritos y fijó el 27 de diciembre de 2021 para la realización de la prueba en la Fundación Universitaria de Popayán, pero esta vez en la Sede San José –auditorio 2, al cual solo asistieron 9 participantes.

Añadieron que las pruebas de conocimientos y competencias laborales fueron desarrolladas de manera irregular debido al incumplimiento del protocolo³, el cual fue diseñado por la CUC, situación que obligó tanto a la procuraduría regional como al concejo municipal a requerir todos los documentos que dieran cuenta del acatamiento de las actividades referidas a dichos exámenes.

En concordancia con lo anterior, para los demandantes, la universidad aun cuando entregó a las citadas autoridades públicas el protocolo⁴, el día de la prueba se incumplió, ya que una vez recibidos los exámenes en bolsas con sellos de seguridad no se sabía si el proceso de diagramación y embalaje se surtió en forma individual por cada prueba.

Finalmente, arguyeron la no acreditación sobre, si las pruebas fueron puestas bajo

³ Adujeron que estaba comprendido en el numeral 9 de la cláusula tercera de las obligaciones específicas del contratista.

⁴ Documento titulado protocolo de custodia y manejo pruebas de conocimientos procesos de selección para personeros y contralores periodo 2019-2024.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

llave a cargo del Secretario General de la Universidad Corporación Universidad de la Costa, si se certificó que el serial de los sellos correspondía a los custodiados por los respectivos funcionarios, tampoco se confirmó si el transporte fue el día en que se hizo la entrega, si la constancia de la verificación de las bolsas sufrieron o no alteraciones durante el transporte y, finalmente, si hubo constancia sobre la conservación de las bolsas hasta el momento de su apertura para la correspondiente calificación.

1.3. Normas violadas y concepto de violación

La parte actora invocó como normas vulneradas, los principios de transparencia, imparcialidad y objetividad contenidos en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, al igual que los artículos 13 y 209 Constitucional.

El concepto de violación lo estructuró en cinco cargos, a saber, **(i)** el acto acusado está viciado al configurarse una infracción de las normas en que debió fundarse por defectuosa aplicación del protocolo para el desarrollo de las pruebas de conocimientos y competencias laborales, **(ii)** hubo expedición irregular ya que la entidad encargada de adelantar el concurso debía ser seleccionada mediante una convocatoria pública, acorde con la Proposición 035 del 31 de julio de 2021 y el artículo 2 de la Resolución 20191100001155 de 17 de octubre de 2019, **(iii)** se configuró la expedición irregular y falta de competencia, pues parte de los actos dentro del concurso de méritos no emanaron de la mesa directiva del cabildo⁵, **(iv)** se desconoció de forma injustificada el cronograma del concurso de méritos, ya que se violaron los principios de transparencia, imparcialidad y objetividad y **(v)** hubo desviación de poder que favoreció al elegido, debido a que existen hechos que llevan a tener como indicios las situaciones presentadas con la escogencia “irregular” de la CUC, la baja participación de instituciones especializadas para llevar a cabo la prueba de conocimientos y etapas subsiguientes del concurso de méritos, los incumplimientos injustificados frente al cronograma y el protocolo de las pruebas, la mínima participación de candidatos a realizarlas y que solo un participante la ganara.

1.4. Actuaciones procesales

⁵ Números 20221100000115 del 2022 del 09 de febrero de 2022, por medio de la cual se levanta la suspensión decretada mediante la resolución número 20211100002155 de 31 de diciembre de 2021, 20221100000145 de 2022 del 16 de febrero de 2022, por medio de la cual se publicaron los resultados definitivos de la prueba de conocimientos realizada dentro del concurso público de méritos, 20221100000155 de 2022 del 16 de febrero de 2022, por medio de la cual se publicaron los resultados preliminares de la prueba de competencias laborales, 20221100000165 de 2022 del 22 de febrero de 2022, por medio de la cual se publicaron los resultados definitivos de la prueba de competencias laborales, 20221100000225 de 2022 del 04 de marzo de 2022, por medio de la cual se creó una comisión accidental para adelantar entrevista personal a los aspirantes al cargo de Personero Municipal de Popayán, 20221100000255 de 2022 con fecha del 04 de marzo de 2022 por medio de la cual se modifica la comisión accidental para adelantar la entrevista personal a los aspirantes al cargo de Personero Municipal.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

1.4.1. El Tribunal Administrativo del Cauca mediante auto del 13 de mayo de 2022 admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional al considerar que el material probatorio aportado con la demanda era insuficiente para determinar la vulneración de los principios de transparencia, imparcialidad y objetividad frente a la aplicación de la prueba de conocimientos. Decisión que fue apelada en oportunidad y confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante auto del 28 de julio de 2022⁶.

1.4.2. El 12 de junio de 2022, dentro de la audiencia inicial, el magistrado de primera instancia saneó el proceso y tuvo como enjuiciado exclusivamente el acto que declaró la elección contenido en el Acta número 20 del 12 de marzo de 2022, decisión que fue apelada y que, mediante auto del 4 de agosto de 2022⁷ de la Sección Quinta del Consejo de Estado rechazó por improcedente.

1.4.3. El 7 de septiembre de 2022, el magistrado conductor del proceso aclaró que no existían excepciones previas pendientes de resolver, ya que la parte demandada no propuso ninguna y resolvió: **(i)** fijar el litigio⁸ y **(ii)** decretar pruebas. Frente a este último punto el tribunal negó la prueba documental referida a incorporar nuevamente el expediente administrativo del concurso público, habida cuenta de que reposaba en el plenario, por lo cual los accionantes formularon recurso⁹ ya que en su criterio hacían falta algunos folios.

1.4.4. El 23 de noviembre de 2022¹⁰, la Sección Quinta revocó parcialmente los numerales 5 y 6 de la parte resolutive de la decisión tomada por el *a quo* el 7 de septiembre y, en su lugar, ordenó que se remitiera integralmente el expediente administrativo del concurso público que permitió la elección del señor Jaime Andrés Bonilla Vallecilla como personero de Popayán.

1.4.5. El 17 de noviembre de 2022, el Tribunal Administrativo del Cauca profirió sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, decisión notificada el 23 de noviembre a los sujetos procesales.

⁶ Índice SAMAI 5 Radicado: 19001-23-33-000-2022-00108-01.

⁷ Índice SAMAI 05 Radicado 19001-23-30-000-2022-00108-02.

⁸ El problema jurídico a resolver se concentra en determinar ¿si el acto de elección del señor JAIME ANDRÉS BONILLA VALLECILLA como Personero del municipio de Popayán (Cauca) para lo que resta del periodo 2020-2024 se encuentra afectado de nulidad por configurarse las causales de nulidad expuestas en la demanda. Como problema jurídico asociado deberán decantarse: - Si la etapa precontractual con la universidad que adelantó el concurso de méritos, incide en el proceso de elección del personero municipal o si corresponde a un medio de control diferente al de la nulidad electoral. - Si se presentó o no vulneración del principio de la libre concurrencia y/o garantía de participación de los aspirantes, con ocasión de dos suspensiones y/o modificaciones al cronograma establecido. - Si se presentó o no incumplimiento de los protocolos relacionados con la cadena de custodia de las pruebas escritas, y - Si se presentó o no violación o desconocimiento de las normas en las cuales debió fundarse la actuación administrativa que culminó con la elección del personero municipal

⁹ Interpuesto el de reposición y en subsidio de apelación el cual fue concedido en el efecto devolutivo.

¹⁰ Índice SAMAI AUTOQUERESUELVEAPELACIONDEAUTO NroActua 6 Radicado 19001-23-33-000-2022-00108-03.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

1.4.6. Inconforme con lo decidido, el 30 de noviembre de 2022 la parte actora formuló recurso de apelación, el cual fue admitido¹¹.

1.5. La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda, las cuales se justificaron en 5 aspectos:

1.5.1 Respecto del cargo de nulidad referido a que las etapas precontractuales y contractuales realizadas entre el Concejo Municipal de Popayán con la Corporación Universidad de la Costa -CUC- viciaron el procedimiento de elección e incidieron en el desarrollo de la convocatoria

El *a quo* negó el cargo, ya que analizados los artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015 y el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, no se estableció “*la forma como debe adelantarse la contratación de esas instituciones*”, porque se entiende que para tal procedimiento se cuenta con normativa específica¹².

El artículo 141 del CPACA previó el medio de control de controversias contractuales para determinar si se desconocieron las disposiciones de esta naturaleza y que lo relevante en el caso concreto es si la institución escogida por el concejo municipal cumplía o no con los requisitos exigidos en la Resolución 20211100001395 del 26 de octubre de 2021, la cual, conforme a las pruebas obrantes¹³ y la propuesta presentada por la CUC, satisfizo todas las exigencias.

La supuesta existencia de irregularidades en el proceso de selección del contratista no afectó la convocatoria del concurso de méritos, pues dentro de las normas que regularon lo atinente a la elección del personero no se previó lo correspondiente a la contratación y, en consonancia con la decisión que resolvió la apelación de la decisión de la medida cautelar¹⁴, la parte actora debió acudir a otro medio de control judicial diferente a la acción electoral.

1.5.2 Respecto del cargo de nulidad referido a que hubo violación del principio de publicidad y de libre concurrencia de los aspirantes, con ocasión de dos suspensiones –modificaciones al cronograma establecido–

Frente al primer aplazamiento del 24 de noviembre de 2021, existió un informe por parte de la supervisora del contrato en la que se certificó el no cumplimiento de los protocolos de bioseguridad de las aulas de la Fundación Universitaria de Popayán

¹¹ Índice SAMAI 70.

¹² Refirió las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, sus decretos reglamentarios, así como los lineamientos, guías y manuales expedidos por Colombia Compra Eficiente.

¹³ Acta 20211100002066 de 28 de octubre de 2021 expedida por la mesa directiva del Concejo Municipal de Popayán.

¹⁴ Se refiere a providencia del 28 de julio de 2022 que confirmó el auto de 13 de mayo de 2022 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

– Sede San Camilo. A través de Oficio del 26 de noviembre de 2021, la interventora no evidenció “*organización y logística necesarias*” para realizar las pruebas de conocimientos, documento que justificó y posibilitó a la mesa directiva del concejo municipal a suspender el cronograma establecido, a través de la Resolución 20211100001735 de 16 de noviembre de 2021.

Respecto del segundo aplazamiento el juzgador recordó que, con la Resolución 20211100001905 del 15 de diciembre de 2021 el concejo municipal reanudó el cronograma del concurso y estableció el 20 de diciembre como fecha para la prueba, pero que, llegada esta fecha, no había permisos de ingreso a los concursantes, lo cual obligaba a la mesa directiva a realizar una nueva modificación y conseguir el éxito del proceso, de conformidad con el parágrafo 1º del artículo 5º de la Resolución 20211100001685 del 19 de noviembre 2021. No obstante, pese a las modificaciones, lo relevante fue garantizar a los participantes la información de la reprogramación establecida y aunque la primera citación se dio por radio, prensa y página web, en la segunda prórroga, los concursantes aportaron el número de teléfono y correo electrónico con lo que se garantizó el principio de publicidad.

Finalmente, con base en lo demostrado en el proceso, no se puede afirmar que hubo un desconocimiento de los principios de publicidad y transparencia, pues al tenor del artículo 31 de la Resolución 20211100001685 del 19 de noviembre de 2021, la publicación de las modificaciones debía hacerse en la página web del Concejo Municipal de Popayán y así se probó en el *subjudice*.

1.5.3 Respecto del cargo de nulidad referido al incumplimiento de los protocolos relacionados con la cadena de custodia de las pruebas escritas

El juzgador negó el cargo, ya que, obra en el proceso pruebas documentales que demuestran su cumplimiento.

En primer lugar, el tribunal refirió, por un lado, la existencia de (1) acta de entrega de la prueba de conocimientos del concurso público de méritos para la elección del personero municipal de Popayán de la CUC al señor Rafael Francisco Vera Romero, quien actuó como jefe de salón y al que se le entregó una bolsa de seguridad que contenía 85 ejemplares de la prueba; y por otro, (1) informe del citado funcionario dirigido al rector de la Universidad de la Costa, en la que se detalló paso a paso las actividades desplegadas por él para la entrega de las pruebas, previa identificación de los aspirantes admitidos, con videos y fotos del estado de las bolsas de seguridad, vigilados por los órganos de control, los cuales no advirtieron irregularidad alguna.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Así mismo, la cadena de custodia sí fue respetada, según el artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015, y se ajustó a lo dicho por el Consejo de Estado¹⁵, lo cual permitió concluir que el material correspondiente a la prueba escrita no sufrió adulteración que afectara dicho instrumento de autenticidad.

Ahora, la inexistencia de certificaciones individuales del cumplimiento del protocolo por cada evento de la práctica de la prueba escrita, no tiene la entidad para anular la elección, más aún cuando se siguió lo dicho por el Consejo de Estado¹⁶, motivo por el cual, los cargos no dejan de ser conjeturas sin evidencia.

1.5.4 Respecto del cargo de nulidad referido a la vulneración de las normas en las cuales debió fundarse la actuación administrativa que culminó con la elección

El *a quo* negó el cargo por las siguientes razones: **(i)** el hecho de que la segunda vicepresidente de la mesa directiva para el año 2022 no hubiese firmado algunas resoluciones¹⁷ de las etapas del concurso público no afectaron la elección, por cuanto, la citada cabildante, mediante oficio del 7 de febrero de 2022 manifestó su decisión de apartarse de las actuaciones en virtud del derecho constitucional de objeción de conciencia, situación que dejó demostrada en audiencia de pruebas de primera instancia así como en el Acta 20221100000056 del 09 de febrero de 2022. **(ii)** Las modificaciones hechas a través de actos administrativos al cronograma del concurso de méritos, sí fueron debidamente suscritas por la mayoría de los miembros de la mesa directiva¹⁸, y que si bien, algunas decisiones no fueron firmadas por una de ellas,¹⁹ dicha situación no les resta legalidad a las determinaciones tomadas por los demás integrantes.

1.5.5 Frente al cargo de desviación del poder

El magistrado de instancia negó el cargo ya que no se demostró que, al proferir el acto acusado se hubiere buscado y demostrado finalidades distintas al buen servicio. En el caso concreto, la desviación no se demuestra como lo predica el demandante, partiendo de los cargos de la demanda y entenderlos *per se* como pruebas indiciarias para señalar el favorecimiento al personero elegido.

Los hechos referidos en la demanda como, irregularidades del proceso de escogencia de la CUC, los incumplimientos del proceso contractual frente a la modificación de fechas y sitios de la prueba, una cantidad ínfima de participantes y que sólo un concursante haya ganado la prueba, no demuestran indiciariamente

¹⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Magistrado ponente: Luis Alberto Álvarez P., 28 de julio de dos mil veintidós, radicado 19001-23-33-000-2022-00108-01.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ Ibidem nota de página 5.

¹⁸ Existen firmas de 2 de los 3 directivos.

¹⁹ Ibidem nota de página 17



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

que el vicio de nulidad – desviación de poder- hayan favorecido al personero elegido.

1.6. El recurso de apelación

La parte actora interpuso recurso contra la decisión, refiriendo (5) cuestionamientos:

1.6.1 En primer lugar reiteró **(i)** que sí hubo incidencia en la elección del personero municipal de Popayán, lo ocurrido en el proceso de contratación con la CUC –repetiendo los mismos argumentos de la demanda–. **(ii)** que el *a quo* incurrió en un error al afirmar que las irregularidades en la contratación de la universidad, solo son objeto del medio de control de controversias contractuales e insistió en que sí fueron vulnerados los principios de transparencia, imparcialidad, igualdad y objetividad por la selección “*amañada*” del operador. **(iii)** que los estudios previos debieron realizarse con anterioridad a la selección del contratista y ser publicados junto con el acto de convocatoria en el SECOP, lo cual no se hizo y por ello el acto que declaró la elección vulneró el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015. **(iv)** que, al no haber existido publicidad del proceso contractual, surgieron indicios que permiten tener por acreditado el favorecimiento al elegido, el cual no requiere de una controversia contractual para evidenciar que la selección de un operador, sin estudios previos y sin convocatoria pública, lesionó la transparencia del proceso meritocrático.

1.6.2 De igual modo, replicó similares argumentos al punto anterior, aseverando que, el acto de elección fue expedido irregularmente, ya que el proceso de contratación, desconoció las formalidades establecidas por el ordenamiento jurídico²⁰, en específico, las normas jurídicas en que fundamentan el proceso de contratación pues el operador contratado no fue seleccionado de manera pública y transparente tal como lo estableció la plenaria del cabildo.

1.6.3 Insistió en **(i)** que las dos modificaciones hechas al cronograma fueron injustificadas y no surgieron para resolver las “*necesidades del proceso de selección ni para garantizar el éxito del mismo*”, ya que el origen de dichas alteraciones fueron producto de la negligencia, falta de planeación e improvisación tanto del Concejo Municipal de Popayán como de la CUC; **(ii)** que esas reformas afectaron el principio de libre concurrencia de los aspirantes, como consta en la prueba decretada - acta del 20 de diciembre de 2021 elaborada por la Procuraduría Regional del Cauca-, donde la aspirante Marcela Hurtado Mosquera, dejó constancia que las citaciones a las pruebas a realizar del concurso de méritos llegaron tardíamente, sin indicación ni dirección del lugar en que serían realizadas;

²⁰ Aseguraron que se incumplió con la Proposición 035 del 31 de julio de 2021 y el artículo 2 de la Resolución 20191100001155 del 17 de octubre de 2019, disposiciones que regulaban el concurso de méritos y que ordenaron adelantar el concurso de méritos con una universidad o institución especializada previa convocatoria pública.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

(iii) que era una obligación contractual tramitar los permisos de manera previa para acceder al lugar donde se realizaría la prueba de conocimientos y verificar las condiciones de bioseguridad, ya que el protocolo que la misma CUC diseñó para implementarse fue incumplido de manera evidente; (iv) que la modificación injustificada al cronograma debió ser analizada con las demás irregularidades y hechos presentados, tales como la selección amañada del operador del concurso, el incumplimiento del protocolo para el componente objetivo, la baja concurrencia de aspirantes y una única persona que aprobó la prueba de conocimientos.

1.6.4 Así mismo afirmó que el protocolo diseñado para el componente objetivo - desarrollo del examen - fue incumplido. Los actores destacaron (i) que las pruebas aportadas al proceso no acreditaron el cumplimiento a cabalidad de este y de la cadena de custodia e insistieron en que el informe del jefe de salón elaborado por el señor Rafael Francisco Vera Romero, así como los videos y fotografías aportados, no fueron suficientes para dar por hecho su cumplimiento y tampoco definieron con claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo que afirmó la CUC; (ii) que las 4 etapas de dicho procedimiento no fueron cumplidas: (a) Del proceso de diagramación, no se certificó si el día anterior a la prueba de conocimientos y en las instalaciones de la secretaria general de la CUC se surtió la impresión y empaque individual de cada prueba. (b) En la etapa de embalaje, no se acreditó si las bolsas de seguridad y el serial de los sellos fueron almacenados bajo llave a cargo del secretario general de la universidad. (c) De la fase de entrega hecha por el jefe de salón, no se legitimó cómo fue el proceso de custodia ni tampoco su transporte y, si verdaderamente, fueron entregadas a la Secretaría General de la CUC o si sufrieron o no alteraciones durante el transporte. (d) En cuanto al proceso de calificación, no hubo constancia sobre la conservación de las talegas en los términos exigidos por el proceso, hasta el momento de su apertura, para la evaluación; (iii) que, conforme al expediente administrativo aportado al plenario y la decisión de instancia, el *a quo* no puede presumir que cada etapa si se cumplió, pues debió existir una acreditación por cada una de ellas y le corresponde al demandado demostrar su acatamiento, en virtud de la inversión de la carga de la prueba.

1.6.5 Finalmente, refirieron que se desconoció la prueba indiciaria que acreditó la desviación del poder que favoreció al elegido.

Los recurrentes parten de la existencia de múltiples anomalías como lo fueron, las variadas irregularidades del proceso de contratación de la CUC, la baja participación de instituciones especializadas para participar en el trámite precontractual, los incumplimientos injustificados del ente universitario y del concejo municipal sobre el cronograma, la inobservancia del protocolo para aplicar las pruebas de conocimientos, una mínima cantidad de aspirantes que presentaron la prueba y la aprobación del examen por una sola persona.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Finalizan su argumento aseverando la existencia de indicios con base en los hechos narrados y las disposiciones de los artículos 165, 240, 241 y 242 del CGP, así como la doctrina especializada sobre la materia, para así declarar la nulidad de la elección.

1.7 Actuaciones de segunda instancia

1.7.1 Alegatos de conclusión

1.7.1.1 Los demandantes

En el término procesal concedido, guardaron silencio.

1.7.1.2 El demandado

Indicó que **(i)** no se configuraron los presupuestos para revocar la decisión de primera instancia ya que las disposiciones del Decreto 1083 de 2015 fueron cumplidas, entre esas, la elección a partir de una lista de elegibles derivada de un concurso público, la selección de una entidad idónea en selección de personal y el respeto de los principios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad; **(ii)** los cambios en las fechas de las pruebas de conocimientos fueron proferidos por la mesa directiva, única autoridad competente para ello, además, se fundó en razones suficientes como el cumplimiento de los protocolos de seguridad y la consecución de un espacio físico para los exámenes; **(iii)** en punto del protocolo de aplicación de la prueba, los cargos formulados estuvieron dirigidos a evidenciar un incumplimiento del contrato celebrado con el operador del concurso, los cuales no tienen vocación para anular la elección del personero.

1.7.1.3 El municipio de Popayán

Precisó que la decisión de instancia fue acertada y debe confirmarse debido a que no se demostró irregularidad alguna en el trámite de selección del contratista que realizó el proceso de selección, de igual modo aseveró que las modificaciones presentadas al cronograma del proceso de selección se soportaron en causales justificadas siendo la mesa directiva la autoridad competente. Finalmente sostuvo que el protocolo diseñado para la realización de pruebas junto a la cadena de custodia fue cumplido a cabalidad sin que probatoriamente se hubiera podido demostrar lo contrario.

1.7.1.4 Concepto del Ministerio Público²¹

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto con los siguientes argumentos:

²¹ Índice SAMAI 16.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Solicitó a la Sección Quinta confirmar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda de nulidad de la elección de JAIME ANDRÉS BONILLA VALLECILLA, como personero municipal de Popayán para el resto del período 2020-2024.

Para tal efecto, justificó argumentos de oposición a cada uno de los 5 cargos propuestos en el recurso de apelación, entre esos, los aspectos relativos a la selección transparente, imparcial y objetiva del contratista encargado de adelantar el concurso de méritos, no fueron demostrados conforme a las pruebas documentales que obran en el expediente, ni tampoco a la jurisprudencia electoral, se tiene que anulen la elección del citado funcionario.

Recordó que, la cadena de custodia en el desarrollo de las pruebas de conocimientos había sido cumplida, lo que no da crédito al argumento referido a certificar una a una esas etapas, pues ni los participantes manifestaron irregularidad ni tampoco los órganos de control.

Finalmente, los argumentos relativos a la existencia de indicios derivados de los hechos - no demostrados en el proceso, se tratan de conjeturas sin evidencia.

2. CONSIDERACIONES

2.1 Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 150 y 152²² numeral 7 literal b del CPACA y el Acuerdo 080 de 2019, proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sección es competente para conocer en segunda instancia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia emitida el 17 de noviembre de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

2.2 El acto acusado

El demandante a través del contencioso electoral pretende la nulidad del acto administrativo de elección contenido en el Acta 20 del 12 de marzo de 2022, en virtud de la cual el Concejo Municipal de Popayán, eligió con una votación de 16 votos a favor al señor Bonilla Vallecilla, como personero municipal para lo que resta del periodo 2020-2024.

2.3 Problema jurídico

²² Artículo 152. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 7. De los siguientes asuntos relativos a la nulidad electoral: b) De la nulidad de la elección de los contralores departamentales, y la de los personeros y contralores distritales y municipales de municipios con setenta mil (70.000) habitantes o más, o de aquellos que sean capital de departamento.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Conforme al fallo de primera instancia y a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, corresponde a esta Sección determinar si confirma, modifica o revoca la sentencia de primera instancia.

La Sala resolverá los 5 aspectos referidos en la alzada a través de los siguientes ejes temáticos: **(i)** el marco normativo de la elección de personeros municipales, ello por cuanto, serán las disposiciones aplicables y la hermenéutica constitucional y contenciosa administrativa la que brindaran los alcances y límites de dicha forma de selección; **(ii)** las irregularidades contractuales y su incidencia en la declaratoria de elección del personero Municipal de Popayán, esto con el fin de responder completa y organizadamente los motivos de disenso relativos a: la “*selección amañada*” del operador por la falta de publicación y desconocimiento del ordenamiento jurídico de los documentos precontractuales en SECOP, limitativa de la concurrencia de otros operadores que estructuraran la prueba de conocimientos²³ **(iii)** las irregularidades presentadas en los cambios de fecha y lugar de las pruebas, atentatorio del principio de planeación²⁴ y participación de los aspirantes **(iv)** el cumplimiento de la cadena de custodia y protocolo de las pruebas²⁵ y **(v)** la desviación de poder derivado de los hechos indiciarios.²⁶

2.3.1. Marco normativo de la elección de personeros municipales

Con el fin de razonar acerca del contenido normativo de las disposiciones que rigen los concurso de personeros y de relieves el papel que ha jugado la jurisprudencia sobre la materia, conviene resaltar el artículo 113 de la Constitución Política que define, la estructura del Estado colombiano a través de la división tripartita del poder público, heredada del Estado de Derecho, según el cual, está dividido en tres ramas, esto es, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, a los que se suman algunos órganos “*autónomos e independientes*”, que aseguran el cumplimiento de “*las demás funciones del Estado*”, de forma separada, pero guiados por el principio de colaboración armónica para la realización de sus fines.

En consonancia con lo anterior, el artículo 117 *ibidem* dispone que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control. En particular, el artículo 118 de la Carta señala que el Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, por los procuradores delegados y los agentes del ministerio público ante las autoridades jurisdiccionales. Además, está integrado por los personeros municipales, los cuales actuarán bajo la suprema dirección del procurador general de la Nación²⁷.

²³ Alzada números 1 y 2.

²⁴ Alzada número 3.

²⁵ Alzada número 4.

²⁶ Alzada número 5.

²⁷ Constitución Política, artículo 275.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

La Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1551 de 2012, define la naturaleza del cargo de personero y establece que desde el punto de vista funcional hace parte del Ministerio Público. Al respecto, el artículo 169 de la referida ley, en concordancia con lo previsto en el artículo 118 de la Carta, asigna al personero municipal o distrital *esas mismas funciones en el ámbito local*.

De acuerdo con el texto original del artículo 170 de la Ley 136 de 1994, los concejos municipales gozaban de un amplio margen de discrecionalidad para definir la forma de elección de los personeros, pues ni esta ni otra norma fijaba un procedimiento o indicaba unos parámetros mínimos para ejercer esta competencia, más allá del deber de actuar en consonancia con los principios constitucionales y legales que orientan la función administrativa.

Esta dinámica cambió a partir de la Ley 1551 de 2012, que dentro de las normas para modernizar la organización y funcionamiento de los municipios contempló la elección de los personeros *“previo concurso de méritos”*. La Corte Constitucional fundó este mecanismo de selección para elegir al personero bajo el principio democrático y en las relevantes funciones asignadas a este funcionario, como parte del Ministerio Público:

“Por un lado, de acuerdo con los artículos 118 y 277 de la Carta Política, a los personeros corresponde la promoción, la divulgación y la defensa de los derechos humanos, y la veeduría y vigilancia de la conducta de los servidores públicos municipales y distritales; la importancia de estas funciones, y el control que deben ejercer sobre los órganos del orden territorial justifican una elección reglada y no necesariamente una decisión discrecional que pueda comprometer la independencia y la imparcialidad de la persona que resulte favorecida. De este modo, el rol y las funciones del personero, antes que excluir la aplicación del precedente anterior, refuerzan la necesidad de apelar a este tipo de procedimientos.

(...)

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.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Además, el concurso es coherente con los postulados de la democracia sustancial, pues las determinaciones en torno a la integración de las entidades estatales se estructuran alrededor de los derechos fundamentales a la igualdad, a la participación en la función pública y al debido proceso. La garantía de estos derechos no se deja librada al juego de las mayorías, sino que constituye el presupuesto fundamental, el referente y la finalidad de la actividad estatal”²⁸.

Con base en dichos lineamientos y en los preceptos pertinentes, esta Sección ha descrito reiteradamente la evolución normativa de la forma de elección del personero por parte de los concejos, en los siguientes términos:

“El numeral 8 del artículo 313 de la Constitución Política dispone que compete a los concejos municipales elegir al personero para el periodo que fije la ley. Frente a este mandato normativo, la Ley 136 de 1994, por la cual se dictan las normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, dispuso en su artículo 170 que dicha elección se llevará a cabo en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres (3) años. Sin embargo, este contenido normativo fue modificado por la Ley 1031 de 2006, que amplió el período de los personeros municipales de tres (3) a cuatro (4) años, a partir del año 2008.

Con la expedición de la Ley 1551 de 2012,” Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, se modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 al establecer un concurso público de méritos para la elección del personero municipal, el cual estaría en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. Esta norma fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, la que fue decidida por la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2013, en la que se declaró la exequibilidad de la expresión “previo concurso de méritos” contenida en el inciso primero de la anterior disposición, y a su vez la inexequibilidad del siguiente aparte “que realizará la Procuraduría General de la Nación”, contenida en el mismo inciso.

(...)

A su turno, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015, que compiló lo dispuesto en el Decreto 2485 de 2014, el concurso dirigido a la elección de los personeros debe adelantarse bajo criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad.

Por consiguiente, es claro que la ley ha reiterado la atribución constitucional de los concejos municipales y distritales para la nominación de los personeros, incorporando al espectro ampliamente discrecional que inicialmente tuvo esta competencia la exigencia de realizar un proceso de selección donde prevalezcan el mérito y la idoneidad, en consonancia con los principios constitucionales que orientan el acceso a la función pública. Así mismo, no cabe duda de que los concejos tienen a su cargo la responsabilidad de dirigir estos concursos y de trazar

²⁸ Corte Constitucional, sentencia C-103 de 2015, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

*sus lineamientos generales, sin perjuicio de contar con la asistencia de terceros especializados en la materia*²⁹.

En cuanto a las etapas del concurso, la Sala ha identificado, a partir de lo dispuesto en el título 27 del Decreto 1083 de 2015, que dentro de esta actuación se surten las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento y (iii) pruebas que, a su vez, comprenden la evaluación de los conocimientos académicos, las competencias laborales, la valoración de estudios y la entrevista³⁰.

Conforme con lo expuesto, actualmente la elección de los personeros se realiza para un periodo de (4) años y debe ser efectuado por el respectivo concejo dentro de los primeros (10) días de enero, mediante un concurso público de méritos reglado, que puede ser apoyado por terceros que cumplan la condición de ser universidades o instituciones de educación superior, o entidades especializadas en procesos de selección de personal.

Adicionalmente, como resultado de la labor interpretativa del juez electoral, esta Sala ha definido algunos presupuestos que deben observarse en el desarrollo de estos concursos de méritos, con el fin de asegurar la legalidad de la elección de los personeros. En tal sentido, se han destacado las consecuencias anulatorias que pueden provenir del desconocimiento de los términos vinculantes de la convocatoria para la elección realizada, al igual que la importancia de garantizar la debida publicidad que permita la libre concurrencia de los interesados, junto con el estricto orden de mérito en que debe ser aplicada la lista de elegibles que resulte del proceso³¹.

De otra parte, en el marco de la contratación con terceros para el desarrollo del concurso, se ha precisado que el objeto social de las entidades operadoras es el elemento definitorio de su idoneidad para acompañar y brindar asesoría a los concejos en estos procesos de selección³².

Igualmente, se ha destacado la importancia de asegurar la integridad de los documentos del concurso, especialmente las pruebas de competencias y conocimientos, a través de protocolos o guías que ofrezcan condiciones de igualdad y transparencia para todos los participantes. Sobre el mismo punto, se ha indicado que las falencias que pudieran advertirse en cuanto a la aplicación de la

²⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 10 de junio de 2021, Rad. 76001-23-33-000-2020-00243-01, MP Luis Alberto Álvarez Parra.

³⁰ Id.

³¹ Al respecto, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de marzo de 2021, radicado 05001-23-33-000-2020-00495-01, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

³² Por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de marzo de 2021, Rad. 25000-23-41-000-2020-00409, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; sentencia de 29 de abril de 2021, Rad. 05001-23-33-000-2020-00480-01, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez; y sentencia de 6 de mayo de 2021, Rad. 08001-23-33-000-2020-00139, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

cadena de custodia deben ponderarse para establecer su incidencia en la legalidad del acto final de elección³³.

También se ha resaltado en este contexto el alcance del estudio del juez electoral, cuidando de no entrometerse en asuntos propios del medio de control de controversias contractuales, so pretexto de analizar el cargo de expedición irregular cuando se relaciona con la adjudicación del contrato con los operadores del concurso, el tipo de vinculación, el cumplimiento de los requisitos, entre otros temas propios de dicho contexto judicial³⁴.

2.3.2. Las irregularidades contractuales y su incidencia en la declaratoria de elección del personero municipal de Popayán

Para resolver los cargos relacionados con los presuntos vicios en el proceso precontractual y los supuestos en que se desarrolló el objeto y obligaciones específicas del contratista -CUC-, la Sala abordará algunos parámetros jurisprudenciales y disposiciones legales que rigen la materia.

La Sección en primera medida recuerda que, la Corte Constitucional ha reconocido las limitaciones de diversa índole que implica la realización de los concursos de méritos por parte de los concejos para la elección de personeros municipales:

“el concurso tiene un alto nivel de complejidad, en la medida en que supone, por un lado, la identificación y utilización de pautas, criterios e indicadores objetivos, y, por otro, imparcialidad para evaluar, cuantificar y contrastar la preparación, la experiencia, las habilidades y las destrezas de los participantes. Se requiere, así mismo, el procesamiento y la sistematización de una gran cantidad de información y la disposición de una amplia y compleja infraestructura y logística administrativa, en un contexto conflictivo en el que, por la dinámica natural de la contienda y la competencia, las decisiones son cuestionadas y controvertidas de manera sistemática y reiterada. En otras palabras, las dificultades de los concursos hacen imperativa la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras, de las que en principio carecen los concejos municipales y distritales.”³⁵

De igual modo³⁶ se ha entendido que, los concejos municipales tienen la responsabilidad de establecer los lineamientos generales del procedimiento, entregando su realización parcial a terceros que cuenten con las herramientas

³³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de marzo de 2018, Rad. 85001-23-33-000-2017-00019-03, MP Lucy Jeannette Bermúdez y sentencia de 6 de mayo de 2021, Rad. 08001-23-33-000-2020-00139-01, MP Lucy Jeannette Bermúdez.

³⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de agosto de 2021, Rad. 23001-23-33-000-2020-00040-01, MP Rocío Araújo Oñate.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-105 de 2013.

³⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 27 de enero de 2022, Rad. 52001-23-33-000-2020-00982-03, MP Luis Alberto Álvarez Parra.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

humanas y técnicas para este efecto, tal como lo dispone el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.

La Sala ha estructurado una sólida y pacífica jurisprudencia en negar los cargos de nulidad, justificados en una presunta vulneración de las disposiciones legales que rigen la contratación estatal o en si los procesos de selección de las entidades especializadas, públicas o privadas para realizar las pruebas de conocimientos se encuentran debidamente diseñados, al respecto ha dicho:

“Con la nueva legislación quedó superada la antitécnica división entre contrato privado de la administración y contrato administrativo, pues en todos los casos en que una de las partes sea una entidad oficial, se hablará de contrato estatal o contrato administrativo, criterio orgánico imperante para radicar la competencia en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa respecto de las controversias contractuales y la ejecución y cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato. De donde resulta importante concluir que el juez administrativo de la validez del acto electoral, carece de competencia para resolver sobre la validez del contrato estatal”³⁷ (Subrayado fuera del original)

Recientemente³⁸ se afirmó sobre los cargos de validez contractual en el medio de nulidad electoral lo siguiente:

“dicha censura propuesta como fundamento de la medida cautelar deprecada, es ajena al medio de control de nulidad electoral, en tanto corresponden al de controversias contractuales o al de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho en relación con los actos administrativos proferidos en desarrollo de la actividad contractual con anterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que las normas y jurisprudencia que se invocan como vulneradas nada dicen sobre el procedimiento eleccionario sub iudice, esto es, el que rige para proveer el cargo de personero municipal y, por tanto, no son de aquellas en que debía fundarse el acto acusado”

Lo anterior es de suma importancia ya que la Sala en punto de la nulidad electoral no tiene como función establecer la legalidad de los procedimientos contractuales, la Sección en este punto se encarga de analizar y verificar que se haya cumplido con los requisitos mínimos que estableció el legislador para la realización del concurso que escoge al respectivo personero municipal para garantizar precisamente el principio al mérito, puesto que el estudio que se hace en esta instancia es de legalidad.

³⁷ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 31 de agosto de 2001, Expediente N°. 05001-23-15-000- 2000-4435-01, M.P. Roberto Medina López. Postura reiterada entre otras en el auto del 20 de mayo de 2021 dentro del expediente 15001-23-33-000-2020-01934-0. MP Luis Alberto Álvarez Parra.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 28 de julio de 2022, Rad. 19001-23-33-000-2022-00108-03, MP Luis Alberto Álvarez Parra.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

En concordancia con lo anterior, el legislador estableció unas exigencias razonables, así como unas competencias para la realización del concurso de méritos para la elección del personero, siendo claro que el estudio hecho en esta instancia debe comprobar el cumplimiento de esos derroteros y el acceso a los cargos públicos.

La Sala Electoral encuentra que, la plenaria del cabildo profirió tanto la Resolución 20191100001155 de 19 de octubre de 2019, como la Proposición 035 del 31 de julio de 2021, facultando a la mesa directiva a fin de adelantar el correspondiente concurso público de méritos, dentro de los parámetros establecidos por el Decreto 1083 de 2015, en específico el título 27.

Al ser estas situaciones propias de un análisis específico de otros medios de control y no del contencioso electoral, su estudio no es procedente en el proceso de la referencia.

Por lo anterior los motivos de alzada 1 y 2 no prosperan.

2.3.3 Las irregularidades presentadas en los cambios de fecha y lugar de las pruebas, atentatorio del principio de planeación³⁹ y participación de los aspirantes

La parte activa recalcó que, las dos modificaciones hechas al cronograma en las que se reprogramaron las fechas y lugar del examen de conocimientos fueron injustificadas y con ello primó la negligencia, falta de planeación e improvisación tanto del Concejo Municipal de Popayán como de la -CUC-.

Adujeron en su escrito que, esas alteraciones vulneraron el principio de libre concurrencia de los aspirantes, ya que, una aspirante dejó constancia de lo tardías que llegaron las citaciones a las nuevas fechas de evaluación.

La Sala para resolver este punto, se remite a la norma reguladora del concurso público - Resolución 20211100001685 de 19 de noviembre de 2021, la cual en el párrafo 1º del artículo 5 utilizó la expresión: “*necesidades del proceso de selección y garantía de éxito del mismo*”, con ello la Sección advierte que, respecto del concurso de méritos, tal finalidad se consigue cuando las diversas etapas cumplen con lo dispuesto en el Decreto 1083 de 2015 - estándares mínimos para elección de personeros municipales-.

En idéntico sentido para el caso concreto se demuestra, la satisfacción de las etapas establecidas en el cronograma que expidió el cabildo y que a través de su mesa directiva permitió elegir entre los concursantes al mejor, cumpliendo así, con

³⁹ Alzada número 3.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

el *fin* de la normativa superior, esto es lo establecido en las Leyes 136 de 1994, 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015.

Para la Sala, un proceso meritocrático *exitoso* será aquel que permita la escogencia del mejor de entre los concursantes y garantice la materialización de los principios establecidos en el artículo 209 superior.

En el *subjudice*, se advierte que la expresión “*éxito*” aparejada con “*las necesidades del proceso de selección*”, implica acudir al criterio razonable que la jurisprudencia de esta Sala ha tomado cuando se presentan múltiples vicisitudes que avalan la modificación del cronograma del concurso, al respecto se ha dicho⁴⁰;

(...) las modificaciones a las reglas de la convocatoria sí son posibles, siempre y cuando se hagan en condiciones de objetividad, igualdad y transparencia, respetando el debido proceso de todos los interesados, sin afectar las expectativas o derechos de los involucrados.

La convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.

(...)

Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia

(...)

Sin embargo, no escapa a la Sala que existen circunstancias en las cuales el ordenamiento jurídico avala la variación en los términos de una convocatoria. En este contexto, huelga manifestar que la administración no podrá modificar un lapso establecido en una convocatoria pública, salvo, cuando se presenten los siguientes eventos:

(...)

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de junio del 2019. Radicación 11001-03-28-000-2018-00602-00. M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Postura reiterada entre otras en la sentencia del 29 de abril del 2021 dentro del radicación 15001-23-33-000-2020-00100-01, M.P. Rocío Araújo Oñate. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Providencia del 3 de agosto de 2015. Expediente 11001032800020140012800. M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

iii) En caso de fuerza mayor o caso fortuito: Esto es, cuando acaezca un hecho extraño al querer de la administración, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar la variación de las condiciones establecidas en la convocatoria inicial. En suma, al ser los términos y condiciones de una convocatoria plenamente vinculantes, aquellos no podrán ser modificados, salvo, cuando así lo autorice el cronograma y/o el reglamento de la respectiva autoridad o cuando acaezca una situación configurativa de fuerza mayor o caso fortuito”

Por lo anterior y para resolver este punto, se encuentra acreditado que la primera modificación⁴¹ a la fecha de presentación de la evaluación tuvo origen en una situación fáctica motivada por el no cumplimiento de los protocolos de bioseguridad que eran obligatorios en virtud del estado de emergencia social, económico y ecológico⁴² declarado por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia generada por el COVID-19, y que como bien quedó demostrado en las actas tanto de la supervisora como las del ministerio público, garantizaban la no propagación del virus en las aulas respectivas. En este punto la Sala entiende que el hecho de preservar la vida y salubridades públicas son una potísima razón de que el Concejo Municipal de Popayán debía ante la situación presentada en el sitio de las pruebas, reevaluar la fecha del examen

Si bien esta situación nunca se informó de manera previa a los aspirantes al cargo de personero municipal, cuando estos llegaron al sitio de la prueba, no es menos cierto que, dicho error formal imputable a los colaboradores de la CUC, no tuvo la incidencia para anular el acto de elección debido a que una vez le es informado al cabildo municipal sobre dicha situación, se procedió a la suspensión del cronograma e inmediatamente reanudado, se convocó en el menor tiempo posible a los aspirantes a fin de presentar las pruebas.

Este defecto como la Sala lo entiende debe ser catalogado como formal y no tiene incidencia en el resultado, dado que el fin último de la realización de tal modificación en la fecha era disciplinar a la CUC en el cumplimiento venidero de los protocolos que el gobierno nacional había dispuesto para que, ante un evento público a las personas estas no se contagiaran.

Al respecto es conveniente resaltar que, en el trámite contencioso electoral, el juez en su rol de controlar la legalidad del acto, ante la existencia de cualquier error, irregularidad, divergencia o contrariedad en el curso de la actuación administrativa, proceder a desconocer el apego a las ritualidades en que se sustentaron las autoridades administrativas para sanear las vicisitudes del proceso en aras de preservar la actuación administrativa. Actuar de forma diferente sería otorgarle un

⁴¹ Resolución 20211100001685 determinó el 24 de noviembre de 2021 a las 2:00 p.m., fecha para la realización de la prueba de conocimientos y competencias laborales en la Fundación Universitaria de Popayán - Sede San Camilo, como consta en acta del 24 de noviembre de 2021 suscrita por la Procuraduría Regional del Cauca.

⁴² Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

peso desequilibrante a defectos que no tienen incidencia sustancial sobre el resultado final de la elección.

De igual modo, frente al segundo⁴³ evento de alteración del cronograma y sitio de presentación de las pruebas, surgido con ocasión de la no gestión de los permisos ante la institución educativa para el ingreso de los concursantes, se entiende que tal situación se enmarca, en una situación errática de la administración, pero no de tal entidad que *nulite* la elección del citado funcionario. Al respecto en otros asuntos, la Sala Electoral⁴⁴ en punto de la incidencia sobre los resultados electorales cuando se presenten errores administrativos, ha pregonado porque se haga un análisis holístico de la situación y verifica a través de la lógica y la sana crítica, si tal evento, afecta con tal incidencia el resultado electoral, que lleve a anular la elección. Para el caso que ocupa la Sala, si bien la -CUC- debía haber gestionado los permisos de ingreso a la institución educativa, esa situación que advertida dificultad, no impidió que el cabildo promoviera en el menor tiempo posible el cambio de fecha y lugar y con ello evitar el cronograma se incumpliera.

Para la Sección se destaca el concepto de “incidencia” y con ello determinar si tal cambio es de tal envergadura que “*nulite*” la elección, para tal efecto debe decirse sobre tal concepto jurídico⁴⁵ que, “*no basta con acreditar la existencia de cualquier cantidad de falsedades sino de una de magnitud tal que tenga la capacidad que se requiere para modificar el resultado consignado en el acto cuestionado*”

Sumado a lo anterior, para esta corporación es importante conforme al material probatorio aportado advertir, que las modificaciones sí eran procedentes y como se dijo, pretendían buscar el éxito del concurso, siempre y cuando tales alteraciones fueran por necesidades del proceso, ello lleva a destacar que, lo impropio hubiese sido abstenerse de convocar o convocar en un plazo sumamente arbitrario y superior al visto en el presente caso, o haciendo las pruebas en un sitio sin previo aviso, pue se itera, la convocatoria sí posibilitaba las modificaciones como quedó demostrado.

La Sección en este punto encuentra que entre la primera⁴⁶ fecha de evaluación - 24 de noviembre de 2021 – la reprogramación -20 de diciembre de 2021-⁴⁷ y

⁴³ Hecha mediante Resolución 20211100001735 del 26 de noviembre de 2021, suspendió el cronograma del concurso y lo reanudó hasta el 15 de diciembre a través de resolución No 20211100001905 fijando otra fecha para llevar a cabo la prueba de conocimientos y de competencias laborales, cuya fecha fue el 20 de diciembre de 2021 a las 8:00 a.m. en la Fundación Universitaria de Popayán - Sede San Camilo.

⁴⁴ Entre otros ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 11 de junio de 2009, M.P: Mauricio Torres Cuervo, Radicado No. 20001-23-31-000-2007-000239-01, y las sentencias 4060, 4068, 4069, 400 del 22 de mayo de 2008

⁴⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate, veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021) radicación número: 44001-23-40-000-2020-00004-01.

⁴⁶ Resolución 20211100001605.

⁴⁷ Resolución 20211100001965.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

finalmente la de realización de la prueba - 27 de diciembre de 2021-⁴⁸, transcurrió un poco más de 1 mes sin que tal periodo se entienda irrazonable o de tal magnitud que haya incidido en forma esencial con la elección del personero.

Sumado a lo anterior, se encuentra que dichas modificaciones fueron publicitadas a los interesados en la página web del Concejo Municipal de Popayán en cumplimiento del artículo 31 de la Resolución 20211100001685 del 19 de noviembre de 2021, luego no fue sorprendente para los aspirantes tales reformas, las cuales se itera, fueron públicas una vez presentados los respectivos eventos.

La Sección en este punto también entiende que el cronograma de la convocatoria dispuesto en la multicitada Resolución del 19 de noviembre, sí era susceptible de modificación y no estaba condicionada a una situación particular que atara al cabildo a no hacerla, cuando un evento imprevisible se presentara.

Pensar lo contrario implicaría, por un lado, desatender lo dicho por la Corte Constitucional cuando manifestó la existencia de un alto nivel de complejidad en la realización del concurso público de selección del personero municipal por la amplia y compleja infraestructura y logística administrativa⁴⁹, y por otro, aferrar al concejo municipal a que solo en ciertas vicisitudes se puede modificar el cronograma, dejando de lado, que cada caso particular puede presentar alteraciones súbitas e imprevistas que requieren respuestas enérgicas de los concejos municipales.

La Sección no comparte la aseveración respecto a que, presentadas las modificaciones y conocidas por el público a través de los medios oficiales, ello implicó una imposibilidad en la concurrencia de los participantes, ya que, acorde a lo probado solo reposa una manifestación hecha por un aspirante, respecto a la presunta comunicación tardía de las citaciones, lo cual, contrario a lo manifestado en la alzada, está demostrado que, estas sí fueron publicadas en la página oficial del concejo municipal.

Corolario de lo anterior, al no haber incidido las citadas modificaciones en el resultado final que llevo a la elección del personero municipal, se itera una vez mas que, las modificaciones fueron proferidas por el órgano competente – *mesa directiva*-, tuvieron la debida publicidad –*página web del concejo municipal* y se fundamentaron en situaciones fácticas que obligaban, en búsqueda del éxito del proceso a reprogramarlo celeremente.

Lo anterior, no es óbice para que esta corporación judicial llame la atención al cabildo municipal para que, en lo sucesivo, estas situaciones administrativas no vuelvan a presentarse e insistir en la realización de un debido y oportuno control, ya que, se trata es de evitar la dilación en el cronograma inicialmente dispuesto.

⁴⁸ Resolución 20211100001985.

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-105 de 2013.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Por lo anterior el motivo de alzada 3 no prospera.

2.3.3. El cumplimiento de la cadena de custodia y protocolo de las pruebas

La Sección observa que, una vez celebrado el convenio de cooperación interinstitucional en virtud del artículo 2.2.27.6 del citado decreto, entre el Concejo Municipal de Popayán y la -CUC-, las obligaciones específicas de este último apuntaron a dar cumplimiento a lo establecido por el artículo 2.2.27.2 y con ello garantizar los protocolos y cadena de custodia en las pruebas a realizar.

El clausulado contractual determinó lo siguiente:

necesarias para el cumplimiento y ejecución del objeto del contrato. **TERCERA.- OBLIGACIONES ESPECÍFICAS DEL CONTRATISTA:** La **CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC** deberá ejecutar las siguientes actividades: **1.** Desarrollar a cabo todas y cada una de las etapas del concurso de méritos a partir de la prueba de conocimientos y etapas subsiguientes de conformidad con la normatividad vigente, para la elección del personero municipal para el resto del periodo 2020-2024. **2.** Disponer del personal profesional, apoyo técnico, tecnológico, logístico y humano para el desarrollo del concurso de méritos a partir de la prueba de conocimientos y etapas subsiguientes para la elección del Personero Municipal de Popayán para el resto del periodo institucional 2020-2024. **3.** Contar con la disponibilidad que se requiera en cumplimiento del objeto contractual. **4.** Elaboración de las pruebas que se van a aplicar. **5.** Aplicación y calificación de la prueba de conocimiento. **6.** Publicar y remitir los resultados de la prueba de conocimiento a la Corporación para efectos de realizar su respectiva publicación. **7.** Dar respuesta a todos las eventuales peticiones, solicitudes, quejas o reclamos, acciones de tutela y demás, que pudieren formular los aspirantes en torno a las calificaciones o evaluaciones dadas a las distintas pruebas en el desarrollo de la convocatoria. Las reclamaciones que se presenten para revisión o cotejo de las pruebas deberán realizarse en el domicilio contractual. **8.** Disponer de la logística necesaria para la presentación de las pruebas, tales como: cartillas de preguntas y hoja de respuestas de las pruebas, mecanismos de revisión y calificación de pruebas y lugar físico de presentación de la prueba. **9.** Diseñar e implementar protocolo de aplicación de las pruebas de conocimiento. **10.** Disponer de mecanismos para la vigilancia de la aplicación de las pruebas y verificación de autenticidad del aspirante. **11.** Implementar protocolos de bioseguridad vigentes para evitar la propagación y contagio del COVID-19 durante la presentación de la prueba de conocimientos. **12.** Entregar los resultados de cada una de las pruebas ordenados, individualizados y ponderados. **13.** Dar respuesta a las demás situaciones administrativas y judiciales que sobrevengan en virtud de la ejecución del objeto del contrato. **14.** Las demás que se requieran en atención al

La Sala una vez analizado el material probatorio aportado⁵⁰, no observa cómo y de qué manera hubo incumplimiento de los protocolos de aplicación de pruebas, tampoco se ve persuadida respecto a la alteración de la cadena de custodia, al contrario, las actividades desplegadas por la -CUC- en nombre del Concejo Municipal de Popayán, materializaron el principio de objetividad que es en últimas el que persigue el artículo 2.2.27.2 del Decreto 1083 de 2015.

En este punto se recuerda lo dicho por la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la cadena de custodia⁵¹

“...es concebida como un conjunto de medidas que tienen como fin preservar la identidad o integridad de los elementos materiales probatorios o evidencia física y asegurar el poder demostrativo de la prueba...”

“...el procedimiento a través del cual se aplica la cadena de custodia no es un fin en sí mismo, sino un medio a través del cual se busca asegurar la

⁵⁰ Videos, fotos, actas, y certificaciones.

⁵¹ Sentencia del 19 de febrero de 2009, Radicación: 30598, M.P. María del Rosario González de Lemos.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

*autenticidad del elemento probatorio o la evidencia física en el proceso penal, lo cual en ningún momento descarta que existan otros mecanismos para lograr esa finalidad...*⁵². (Resaltado por la Sala)

Para la Sala, la cadena de custodia al ser un medio, no la prueba en sí misma, podía certificarse con los documentos expedidos⁵³ por la -CUC- en la que detalló cómo se cumplieron las etapas de diagramación, embalaje, entrega y calificación, siendo procedente para el éxito de la alzada, el deber de demostrar cómo esta se vio afectada, no exclusivamente a partir de supuestos y aseverar que, debían ser certificadas una a una.

Al respecto se recuerda⁵⁴ que en virtud del principio “*onus probandi incumbit actori*”, al demandante le correspondía probar los hechos en que funda su alzada y no suponer que son nulas las actuaciones basándose en sospechas de adulteración entre la diagramación y la evaluación de la prueba, de igual modo, bajo el axioma “*actore non probante, reus absolvitur*”, el demandado en el presente punto debe ser absuelto de los cargos ya que el accionante no logró demostrar los hechos en que fundamento su apelación.

En este punto el apelante también afirmó que, debía aplicarse por parte del juez la inversión de la carga de la prueba, al respecto acotó:

“Es de anotar que el cumplimiento del protocolo, es el único medio que garantiza que la prueba de conocimientos no ha sufrido adulteración, pues de otra manera no tendría objeto el establecimiento del mismo y la exigencia de su cumplimiento a cabalidad. El A-quo se equivoca al afirmar que es un cliqué, el exigir la acreditación de las diferentes etapas del protocolo que diseñó la misma UNIVERSIDAD DE LA COSTA, pues el cumplimiento del mismo no es presumible puesto que se debe documentar su acatamiento. Lo expuesto en aras de garantizar el principio de transparencia que pregona el artículo 2.2.27.1. del decreto 1083 de 2015. Además la parte demandante está en presencia de una negación indefinida al afirmar que durante el concurso de méritos para personero municipal para el periodo restante 2020-2024, no se cumplió con el protocolo diseñado por el operador del concurso, pues en el expediente administrativo entregado por el Cabildo, no hay prueba que así lo acredite, razón por la cual hay inversión de la carga de la prueba en los términos del inciso final del artículo 167 del C.G.P., correspondiendo a la parte demandada acreditar este punto. (...) Es importante reiterar que las pruebas allegadas por la UNIVERSIDAD DE LA COSTA, durante el debate probatorio, no acreditan el cumplimiento a cabalidad y en los términos que diseñó la misma institución de educación superior, además

⁵² Sentencia de 27 de junio de 2012, Radicación: 34867, M.P. José Leónidas Bustos Martínez; Sentencia de 18 de agosto de 2010, Radicación: 33559, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés; Sentencia de 29 de abril de 2015, Radicación: 45469, M.P. Eyder Patiño Cabrera

⁵³ Documentales identificados del expediente judicial; Video recepción Bolsa de Seguridad, Informe Jefe de Salón, Acta de entrega CUC a Jefe de Salón, foto de evidencia prueba de salón.

⁵⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejero Ponente: Luis Alberto Álvarez, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020) radicación número: 18001-23-33-000-2020-00009-01.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

dichas pruebas no obran dentro del expediente administrativo del concurso de méritos que fue entregado a los suscritos veedores ciudadanos por el CONCEJO MUNICIPAL DE POPAYÁN. El Ad-quem debe tener en cuenta que los protocolos diseñados para ser aplicados en las pruebas de conocimientos y competencias laborales en concursos de méritos, busca garantizar autenticidad, identidad e integridad para de esta manera garantizar transparencia, imparcialidad, igualdad y objetividad (artículo 2.2.27.1. del decreto 1083 de 2015). De acuerdo a lo anterior, la no acreditación del protocolo, demuestra que él mismo fue incumplido y por ende la vulneración de los principios arriba mencionados.

La Sala destaca los siguientes elementos para no acceder al cargo: **(i)** no hay tarifa legal⁵⁵ en el ordenamiento probatorio respecto a la demostración del acatamiento de los protocolos en la realización de las pruebas de conocimientos, como asevera el apelante, pues conforme al material aportado en el expediente judicial, existe una certificación conjunta-global, emitida por la CUC que demostró como las diversas etapas sí se habían cumplido, **(ii)** el *a quo* no presumió el cumplimiento de las etapas, de hecho, conforme a la certificación emitida por la CUC, se observa que las diversas etapas contempladas en el protocolo fueron cumplidas, sin que exista un medio de prueba aportado por los actores que demuestren que una o varias de estas, sufrieron alteración o fueron incumplidas por quienes tenían el deber de hacerlo, **(iii)** si bien la parte actora aseguro que ciertas actividades no se conoce si fueron cumplidas o no, no es menos cierto como ya se dijo, que le asistía el deber de derruir esa afirmación-certificación a través de otros medios de prueba que llevaran a la intima convicción al juez de instancia y a esta Sala a creer que hubo un incumplimiento, **(iv)** en punto de la inversión de la carga de la prueba, debe partirse necesariamente de qué está probado en el proceso y cuál es el entendimiento que se tiene de tal institución jurídica, en primer lugar, en el expediente reposa: a-Video de la recepción de las bolsa de seguridad, en la que se observa unos sellos de seguridad b- Un acta de entrega suscrita entre un delegado de la Secretaría General de la Universidad y el jefe de salón designado, c- foto en la que se expone la presentación de las pruebas de conocimientos y la ubicación de los concursantes d- informe del jefe de salón en la que se certificó:

Para el ingreso a las instalaciones se llevo a cabo la identificación de los aspirantes admitidos con su documento de identidad, al momento de inicio de la prueba se contó con la asistencia de 9 aspirantes, igualmente se contó con el acompañamiento de un funcionario de la Procuraduría General de la Nación y otro de la Contraloría General de la República. EL material sobrante fue destruido durante el desarrollo de la prueba en presencia de los aspirantes y los delegados de los entes de control

⁵⁵ Corte Constitucional Sentencia C-202 de 2005, ocho de marzo de 2005 magistrado ponente Jaime Araujo Rentería.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

Estas situaciones fácticas presentadas en las diversas documentales tuvieron la participación de los órganos de control, los cuales, en ningún momento adujeron incumplimiento del citado protocolo.

En segundo lugar, se tiene que la inversión de la carga es una figura que ha venido construyendo jurisprudencialmente, sin perjuicio de ello, ha sido el Código General del Proceso en el artículo 167 que ha establecido en punto de la posición que tienen las partes con relación aun determinado medio probatorio lo siguiente;

“No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.” (Resaltado por la Sala)

Su propósito se identifica en el mejor proveer frente a la prueba de los hechos en el proceso conforme a las situaciones en las que resulta imposible la obtención o aportación de la prueba por el demandante o por quien alega la ocurrencia del hecho.

Para el caso que ocupa la Sala no es procedente aplicar la inversión de la carga de la prueba pues en efecto existe materia documental que demuestra que el material correspondiente a la prueba escrita **no** sufrió alguna adulteración que afectara la cadena de custodia, o que solo porque en cada evento de la práctica de la prueba escrita no se levantó un acta que certificara el cumplimiento del mismo se haya desconocido el protocolo de custodia y manejo de pruebas implementado por la CUC.

Así, en lo que se relaciona con la aplicación de las pruebas de conocimientos académicos y competencias laborales, el principio de transparencia, fue garantizado a través de la cadena custodia y, con ello se excluyó que, las actuaciones administrativas tuvieran como principal propósito el favorecimiento de candidatos en detrimento de las condiciones de igualdad en las que se llevó a cabo el citado concurso público.

Por lo anterior el motivo de alzada 4 no prospera.

2.3.4. Lo relativo a la prueba indiciaria

Para la Sección el argumento de alzada referido a que, *“hubo modificaciones injustificadas al cronograma, no existió publicidad del proceso contractual y demás*



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

irregularidades de este, se erigen como indicios que permiten tener por acreditado el favorecimiento al elegido y con ello la nulidad del acto de elección”, no es de recibo por las siguientes justificaciones:

En primer lugar, la Sala recuerda que tres son las disposiciones que el estatuto procesal general destina para efectos de regular los indicios como medio de prueba -artículos 240 a 242-,⁵⁶ su regulación y entendimiento ha sido decantando, por una parte, en la doctrina especializada⁵⁷ cuando afirma;

“Sobre el supuesto atinente a que el indicio parte de la base necesaria de que exista un hecho conocido, denominado hecho indicador, el artículo 240 del CGP exige que el mismo “deberá estar debidamente probado en el proceso”, con lo cual establece que será a través de otros medios de prueba que deberá acreditarse el hecho conocido, de ahí que tal como lo comenta el profesor Devís Echandía “el indicio es una prueba que necesita ser probada y, por lo tanto, si los medios empleados para este fin (testimonios; documentos, inspecciones, confesiones, dictámenes de expertos) adolecen de nulidad o carecen de valor procesal por vicios en el procedimiento para su aducción, ordenación, admisión o práctica, el juez no podrá otorgarles mérito probatorio y, en consecuencia el hecho indiciario le será procesalmente desconocido” (Resaltado por la Sala)

En segundo lugar, la jurisprudencia electoral sobre este aspecto probatorio ha manifestado lo siguiente:

“El derecho pretor de esta Corporación los ha comprendido como pruebas indirectas que resultan de los razonamientos desplegados por el juez que, partiendo de un hecho indicante, debidamente probado, infiere otros, empleables para la sustentación de sus providencias, en conjunto con los demás medios de convicción que reposan en el plenario. (...). Y en cuanto a su valoración se ha dicho que el operador judicial tiene la obligación de apreciar la fuerza de convicción de la deducción, examinando otro tipo de posibilidades que puedan desprenderse del hecho refrendado probatoriamente que, de tener mayores implicaciones, deben llevar a desestimar las conclusiones originariamente esgrimidas.”⁵⁸ (Resaltado por la Sala)

Para la Sala el recurso de alzada insiste en que ya existen unos hechos probados, e incluso manifestó que:

⁵⁶ Artículo 240. Requisitos de los Indicios. Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso. Artículo 241. La conducta de las partes como indicio. El juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes. Artículo 242. Apreciación de los indicios. El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso.

⁵⁷ Hernán Fabio López Blanco Código General del Proceso Tomo Pruebas editorial DUPRE 2019.

⁵⁸ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez, seis (6) de mayo de dos mil veintiuno (2021) radicación número: 08001-23-33-000-2020-00139-01.



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

“(…), no se requiere una controversia contractual para darse cuenta que el hecho de contratar un operador de un concurso de méritos: sin estudios previos, justificando la modalidad de la contratación cuando ya se ha seleccionado el contratista y sin convocatoria pública, es una situación amañada que busca lesionar la transparencia, objetividad e imparcialidad en la selección de los aspirantes a personero municipal.” (Resaltado por la Sala)

Es decir que, para el apelante los hechos ya se encuentran demostrados pues en su criterio el proceso fue amañado y con ello la elección se torna en espuria, sin embargo, la Sección no puede aceptar tal argumento ya que como bien se refirió, las situaciones fácticas relativas a la selección del contratista, así como el desenvolvimiento que tuvo las modificaciones al cronograma, no demostraron *per se*, que las actuaciones administrativas, estuvieran guiadas para favorecer al candidato ganador, que hubieran sido proferidas por funcionario incompetente o que en punto de la transparencia, objetividad y transparencia, se haya concluido que se guiaran por intereses diferentes al éxito del proceso, esto es cumplir con el cronograma, realizar las pruebas y escoger al mejor.

Para la Sala, no hay un hecho que demuestre la falsedad en el contenido del acto de elección o que la actividad estuvo guiada por un manto de irregularidad, eso no se demostró, y con ello se impide que la prueba indiciaria exista en el presente proceso judicial, impidiendo fustigar la estructura del razonamiento hecho por el *a quo*, argumentos que, hacen imposible aplicar las disposiciones de los artículos 240 al 242 del Código General del Proceso. Por lo anterior el motivo de alzada 5 no prospera.

Finalmente, el actor faltó a la obligación y carga propia que impone el principio *onus probandi incumbit actori* y, con ello, releva de profundizaciones adicionales, pues como lo manifestara la instancia:

“Lo anterior, habida cuenta que las supuestas irregularidades no tienen incidencia alguna en punto a la violación de la convocatoria ni el incumplimiento de los requisitos mínimos que debió agotar el concejo municipal para la elección del personero municipal. Que, en todo caso, si se encontraran irregularidades en relación con el trámite de contratación deberá responder cada servidor público en el marco de sus actuaciones por el presunto desconocimiento de las normas que rigen la contratación estatal”

Para la Sala, el fallo emitido por el *a quo* debe mantenerse, por lo que se impone confirmar la sentencia apelada. En mérito de lo expuesto,

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2022, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Cauca negó las pretensiones de la



Demandantes: Manuel José Castrillón y otro
Demandado: Jaime Andrés Bonilla Vallecilla
Rad: 19001-23-33-000-2022-00108-04

demanda tendiente a obtener la nulidad del acto mediante el cual se eligió como personero municipal de Popayán para el periodo 2020–2024 al señor Jaime Andrés Bonilla Vallecilla.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al tribunal de origen para lo de su competencia.

TERCERO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Magistrado

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