

CARGOS PUBLICOS - Clasificación / CARGOS DE ELECCION POPULAR - Clasificación. Diferencia con cargos de libre nombramiento y remoción / FUNCION PUBLICA - Formas de acceso. Clases de cargos públicos

Los cargos públicos son: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de elección. Los de elección son, a su vez, de elección popular y de elección de órganos o corporaciones públicas y de período. El acceso a los cargos de carrera, y a aquellos respecto de los cuales la Constitución o la ley no han dispuesto la forma de provisión, se gobiernan por el mérito. No así el de los empleos de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de elección. La designación en cargos de carrera, de libre nombramiento y remoción y en empleos de trabajador oficial comporta el ejercicio de la facultad nominadora. Mientras que la designación en cargos de elección implica el ejercicio del derecho al voto que emana de la condición de ciudadano, voto popular, o de la investidura de servidor público, voto en órgano o corporación pública, y se halla atado a las reglas generales de éste mecanismo de participación, a saber: personal, libre y secreto, salvo norma que establezca excepciones. Las designaciones por nombramiento y por elección, conforme lo tiene dicho la Sala, se diferencian en cuanto: “[En la] elección [...] de entre varios candidatos se escoge por votación a una persona para ocupar un cargo o un empleo por proveer...”, mientras que “En el nombramiento, por el contrario, se señala una persona sin que previamente se sometan a votación distintos hombres independientemente del proceso de selección previo al nombramiento mismo”.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la diferencia entre las designaciones por nombramiento y por elección, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 20 de agosto de 1993, Rad. 1034.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 125

PERSONERO - Cargo de elección por corporación pública y de período / PERSONERO - Concejos pueden adelantar concurso pero no están obligados a designar a quien obtenga el mejor puntaje / CONCEJO - Elección de personero: puede adelantar concurso pero no está obligado a designar a quien obtenga el mejor puntaje

El empleo de personero corresponde a un cargo público de elección de una corporación pública, el concejo municipal, y de período, de 4 años. Dada su naturaleza, de cargo de elección, para proveerlo no es imperioso adelantar un concurso de méritos. (...) Si la designación de personero estuviera sometida al mérito, la Constitución y/o la ley habrían regulado el concurso en el que se valoraran las condiciones y aptitudes para acceder al cargo, considerando, por lo menos, la realización de pruebas que evaluaran la solvencia profesional de los aspirantes, así como otros mecanismos a través de los cuales se ponderara su experiencia. En suma, el concejo municipal de Tunja (Boyacá) no se hallaba obligado a “elegir” a quien, en la valoración de la hoja de vida y en la entrevista, había alcanzado el mejor puntaje en el proceso adelantado a instancia de la convocatoria contenida en la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 313 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 170 / LEY 1031 DE 2006 - ARTICULO 1

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: FILEMON JIMENEZ OCHOA

Bogotá D.C., quince (15) de abril de dos mil diez (2010)

Radicación numero: 15001-23-31-000-2009-00005-03

Actor: JOSE MANOLO MAYORGA DIAZ

Demandado: PERSONERO DEL MUNICIPIO DE TUNJA

Se decide el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 14 de octubre de 2009, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Número 5, que declaró probada “[/]a ineptitud parcial de la demanda, al haberse acumulado indebidamente, con la pretensión primera, las contenidas en los numerales 2 y 3 (sic) del libelo demandatorio [...] en consecuencia,...”, se inhibió para “pronunciarse de fondo sobre las pretensiones 2 y 3 de la demanda,...” y así mismo negó las pretensiones en cuanto a la nulidad del acto de elección del señor Javier Humberto Fuentes Ortega como Personero municipal de Tunja (Boyacá) para el resto del período institucional 2008 - 2012.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1 Las pretensiones

El señor José Manolo Mayorga Díaz, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción pública electoral, demandó la nulidad del acto administrativo contenido en el Acta No. 205 de 25 de enero de 2008 (sic), a través del cual el Concejo municipal de Tunja (Boyacá) declaró elegido, como Personero municipal, para el resto del período 2008 – 2012, al abogado Javier Humberto Fuentes Ortega.

Pidió, además, que se le ordenara al Concejo municipal de Tunja (Boyacá) que eligiera como personero a la persona que ocupó el primer lugar en el concurso adelantado para efectos de la elección por razón de la resolución 001 de 2 de enero de 2008 o, en su defecto, a aquella que ocupó el primer lugar en el concurso de méritos adelantado por razón de la expedición de la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008.

1.2 Los hechos

El demandante sustentó sus pretensiones en los siguientes:

1. Corresponde a los concejos municipales elegir personeros.
2. Por razón de la necesidad de elegir personero de Tunja (Boyacá) período 2008 - 2012, la Mesa Directiva del concejo municipal expidió la Resolución 001 de 2 de enero de 2008, que estableció el protocolo, convocatoria, procedimiento y requisitos a tener en cuenta para la elección.

Tal resolución estuvo motivada en razones como que *“la elección debía ser realizada dentro de los más altos criterios de imparcialidad y objetividad que permitieran a la Corporación Edilicia la escogencia de personas que acrediten los requisitos Constitucionales y legales y además REUNAN LAS MAS ALTAS CONDICIONES Y COMPETENCIAS QUE EL CARGO REQUIERE,...”* y acogió la Circular Conjunta 003 de 23 de noviembre de 2007 emanada de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República.

3. Por razón del citado procedimiento el concejo municipal conformó una lista de elegibles integrada por 4 nombres, entre otros, el del demandante quien obtuvo un puntaje de 80.7, así como el del doctor José Prisciliano Arias Arias, quien obtuvo un puntaje de 65.5, quién a la postre resultó elegido personero en una votación que arrojó 8 votos a su favor.

4. La elección así verificada fue demandada y el Tribunal Administrativo de Boyacá, en auto de 12 de febrero de 2008, dispuso su suspensión.

5. Por razón de la suspensión provisional de la elección antes dispuesta, el concejo municipal debió elegir un personero provisional por lo que el demandante pidió que la elección se hiciera considerando la lista con base en la cual había resultado designado el doctor José Prisciliano Arias Arias; no obstante el concejo hizo caso omiso de la correspondiente solicitud.

6. En perjuicio de la competencia del concejo, el Alcalde Mayor de Tunja (Boyacá) mediante Decreto 348 de 12 de septiembre de 2008, designó en provisionalidad como Personera a la doctora Giovanna Andrea Cortés Castro, quien ocupaba una personería delegada.

7. Luego, el 10 de noviembre de 2008, por razón de acuerdos políticos, con el propósito de ser elegido nuevamente, a sabiendas que su elección se hallaba cuestionada, el doctor José Prisciliano Arias Arias presentó renuncia al cargo de personero y ésta fue aceptada a través de Resolución 158 de 12 de noviembre de 2008.

8. Ante la renuncia, el demandante volvió a solicitar que, para efectos de la nueva elección, se considerara la lista de elegibles elaborada por el concejo en la que ocupaba el primer lugar. En la citada petición adujo que en la medida en que ya existía lista no era necesario adelantar un nuevo proceso de selección.

9. Obviando su petición, el concejo a través de la Resolución 0159 de 13 de noviembre de 2009, convocó a un nuevo proceso - farsa - para la elección de personero y en éste recepcionó hojas de vida, en un número de 26, practicó entrevistas públicas y evaluó las calidades de los aspirantes para luego conformar una lista en la que abogado Andrés Villabona ocupó el 1^{er} lugar, el demandante alcanzó el 2^{do} y el abogado Javier Humberto Fuentes Ortega el 5^o.

10. Finalmente, eligió como personero para el resto del período institucional 2008 – 2012, al señor Javier Humberto Fuentes Ortega, no obstante que no tenía la mejor hoja de vida, tal como lo puso de presente el concejal Pedro Pablo Salas.

1.3 Las normas violadas y el concepto de violación

El demandante adujo que el acto a través del cual se declaró la elección del doctor Javier Humberto Fuentes Ortega como personero municipal de Tunja (Boyacá) para el resto del período 2008 – 2012, violó los artículos 13, 25, 29, 58, 83 y 209 de la Constitución Política, así como las Leyes 61 de 1987 y 27 de 1992, los Decretos 2400, 3074 y 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1950 de 1973, 1045 de 1978 y 573 de 1998, las Resoluciones 001 de 2 de enero y 159 de 13 de noviembre de 2008, de la Mesa Directiva del Concejo municipal de Tunja (Boyacá) y la Circular Conjunta 003 de 23 de noviembre de 2007, emanada de los despachos del Procurador General de la Nación y del Contralor General de la República.

En el concepto de violación precisó que el proceso de elección había sido parcializado con lo que se le violó su derecho a la igualdad, así mismo que en la medida en que no fue elegido como personero no obstante que alcanzó el 1^{er} lugar, no sólo se le violó sus derechos al trabajo y al debido proceso sino una garantía adquirida con arreglo a la ley y, además, se defraudó su buena fe.

También dijo que las normas infraconstitucionales cuya violación alegó resultaron vulneradas porque el acto de elección no atendió los parámetros de la Resolución 001 de 12 de enero de 2008, que gobernaba el proceso de elección, y fue dispuesta con el propósito de asegurar que ésta se diera *“dentro de los más altos criterios de imparcialidad y objetividad, que [permitieran] a la Corporación Edilicia la escogencia de personas que acrediten los requisitos Constitucionales y legales y además REUNAN LAS MAS ALTAS CONDICIONES Y COMPETENCIAS QUE EL CARGO REQUIRE, SIN TENER EN CUENTA SU FILIACION POLITICA, SEXO, RAZA, EDAD O CUALQUIER OTRO INTERES...”*

2. La contestación de la demanda

El Personero elegido Javier Humberto Fuentes Ortega, demandado en el proceso de la referencia, presentó escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a las pretensiones de la demanda.

Dijo que los hechos que referían la elección del señor José Prisciliano Arias Arias como Personero municipal de Tunja (Boyacá), la demanda y suspensión de la citada elección, eran irrelevantes dado el objeto de la acción presentada, por lo que se abstenía de darles contestación; que el hecho de la renuncia era parcialmente cierto pues si bien el señor Arias Arias dimitió, los motivos de su decisión sólo los conocía él, y la aseveración de que estuvo afincada en *“pactos o acuerdos políticos con el Concejo...”* era una suposición del actor; que el hecho de la renuncia era cierto pero que el carácter de “farsa” y de parcial del proceso de elección que generó, sólo era una aseveración del demandante y, finalmente, que si bien uno de los concejales consideró que el proceso no permitió la designación del mejor, esa era una opinión personal de uno de los 17 ediles.

Sobre el fondo de las pretensiones aseveró que el hecho de la suspensión provisional del acto de elección del doctor José Prisciliano Arias Arias no enervaba su derecho a renunciar al cargo, que verificada la aceptación de la renuncia se imponía una nueva elección habida cuenta de la vacancia absoluta, pero que ésta, en los términos de los artículos 172 y siguientes de la Ley 136 de 1994, no estaba condicionada al adelantamiento de un proceso de méritos pues para acceder a la dignidad de personero municipal sólo se requería acreditar, respecto de los municipios de primera y segunda categoría así como los especiales, *“[s]er Colombiano por nacimiento, ciudadano en ejercicio y ser abogado titulado”*.

Siendo así el Concejo municipal no estaba ante el deber de elegir al demandante habida cuenta de que ocupó el 1^{er} puesto en el proceso que permitió la elección del doctor Arias Arias, ni a ninguna otra persona.

Y que si se aceptara que el proceso de elección de personero debía ser por meritocracia, debía tenerse en cuenta que tenía todos los méritos para acceder al cargo, no obstante que el concejal Pedro Pablo Salas hubiera considerado lo contrario, no sólo respecto de él, sino de los otros 4 candidatos, pues votó en blanco.

Alegó, a título de excepción, la inepta demanda sobre el argumento de que el libelo inicial se fundó en unas irregularidades presentadas en el proceso que culminó con la elección del doctor José Prisciliano Arias Arias, como Personero municipal de Tunja (Boyacá) período 2008 - 2012, sin observar que las pretensiones anulatorias no involucraban ese acto de elección.

También porque proponía pretensiones, las de los numerales 2 y 3, que no eran propias de la acción de nulidad electoral sino de la nulidad y restablecimiento del derecho.

3. Los alegatos de conclusión en la primera instancia

3.1 Del demandante. Se abstuvo de alegar.

3.2 Del demandado. Insistió en que la demanda era inepta por cuanto además de la pretensión de anulación, propia de la acción de nulidad electoral, se formularon otras típicas de la acción de restablecimiento del derecho, específicamente las relacionadas en los numerales 2 y 3 del capítulo respectivo, de elección del demandante o de otro candidato.

Reiteró el aserto según el cual el acto que declaró su elección como personero municipal de Tunja (Boyacá) para el resto del período 2008 - 2012, se expidió en legal forma, siguiendo los derroteros trazados por la Ley 136 de 1994, y ante la necesidad de llenar la vacante dejada por razón de la renuncia presentada por el doctor José Prisciliano Arias Arias.

Así mismo, y no obstante que ya no era la oportunidad, alegó, a título de excepción, la inepta demanda sobre el argumento de que no se había indicado, con toda precisión, cuál era el acto que se demandaba pues en el escrito introductorio se alegó que impugnaba “[l]a elección del abogado JAVIER

HUMBERTO FUENTES ORTEGA, como personero del municipio de Tunja (Boyacá), para el resto del período Institucional 2008 – 2012 contenida en el acta No. 205 del 25 de enero de 2008, emanada del Concejo de Tunja” cuando su elección sólo se dio en el mes de noviembre de 2008, por lo que a su juicio, se impugnó un acto inexistente, el que según el demandante, lo eligió como personero en enero de 2008.

4. El concepto del Ministerio Público en la primera instancia

El Procurador Judicial 46, en el concepto rendido en la primera instancia, dijo que el demandante no había cumplido con la carga que implicaba precisar las normas violadas y el concepto de la violación en la medida en que se limitó a citar algunas normas constitucionales sin precisar de qué forma resultaron desconocidas por el acto de elección por lo que a su juicio *“[l]as pretensiones de la demanda [debían] ser negadas, toda vez que la falta de concepto de violación de las normas citadas como vulneradas, [impedía] al juzgador hacer una confrontación entre los hechos y las disposiciones legales, para determinar si efectivamente existió la vulneración alegada”.*

No obstante lo anterior, también precisó que las pretensiones de la demanda debían ser denegadas porque de la lectura del Acta 205 de 24 de noviembre de 2008, no se revelaba ninguna irregularidad en la elección del señor Javier Humberto Ortega Fuentes como Personero municipal de Tunja (Boyacá), pues en ella aparecía que el Presidente del Concejo informó a la plenaria que el proceso comprendía 2 etapas, la evaluación de las hojas de vida y la de entrevistas, y que cumplidas, procedía la votación, asunto que determinó 15 votos a favor del demandado, con lo que resultó elegido.

5. La sentencia de primera instancia

Es la de 14 de octubre de 2009, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Número 5, declaró probada *“[l]a ineptitud parcial de la demanda, al haberse acumulado indebidamente, con la pretensión primera, las contenidas en los numerales 2 y 3 (sic) del libelo demandatorio [...] en consecuencia, se declara la Sala inhibida para pronunciarse de fondo sobre las pretensiones 2 y 3 de la demanda, por las razones expuestas en precedencia”* así mismo negó las pretensiones de la demanda en cuanto a la nulidad del acto de elección de señor Javier Humberto Fuentes Ortega como Personero municipal de Tunja (Boyacá).

El *a quo* sostuvo que el demandado, en el escrito de contestación había alegado, a título de excepciones: la ineptitud sustantiva de la demanda por: i) la incongruencia entre los hechos del libelo inicial y las pretensiones, ii) el incumplimiento de la carga de individualizar con precisión el acto demandado y iii) la ausencia de concepto de violación.

Pero que el libelo inicial no era inepto por el primer defecto en la medida en que el hecho de que hubiera referido como hechos circunstancias que se presentaron en el proceso de elección del señor José Prisciliano Arias Arias como Personero de Tunja (Boyacá) período 2008 – 2012, no resultaba inadecuado si se consideraba que las pretensiones se afincaron sobre argumentos como que el acto de elección demandado no debió agotar un proceso de selección pues con el que se había cumplido para elegir al señor Arias Arias, era suficiente.

Ni por el defecto que implicaba haber acumulado pretensiones propias de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y de la simple nulidad, pues el juzgador podía interpretar la demanda “*y prescindir del examen de las pretensiones resarcitorias...*”, como lo había precisado el Consejo de Estado en sentencia de 2 de junio de 1996, dictada en el expediente 3333, de manera que como en el sub lite se ejerció la acción de nulidad electoral y al libelo inicial se le dio el trámite establecido en el capítulo IV del Título XXVI del Código Contencioso Administrativo, debía inhibirse para proveer sobre las pretensiones de restablecimiento del derecho.

Y finalmente dijo que si bien al momento de precisar el acto demandado se incurrió en imprecisiones ello no era óbice para que se dictara sentencia, ante la evidencia de que se demandaba el acto de elección del abogado Javier Humberto Fuentes Ortega, decisión que fue aprobada el 24 de noviembre de 2008.

Luego dijo que la “*ausencia de concepto de violación*” había sido alegada por el Agente del Ministerio Público y que no generaba la negación de las pretensiones sino una ineptitud en la demanda que implicaría un fallo inhibitorio pero que el citado defecto no se presentaba porque a pesar de que la demanda adolecía de falta de técnica existían alegaciones que referían cargos de violación, por ejemplo aquella que indicaba que se violó el artículo 29 superior porque “[...] *no fue elegido como Personero Municipal la persona que acreditó y obtuvo el mayor puntaje en el*

proceso de selección y ocupó el primer puesto...” o el artículo 58 en cuanto se dijo que “[...] *quien ocupa el primer puesto en un concurso de méritos adquiere el derecho a ser designado...*”, por lo que la demanda no era inepta por esa circunstancia.

Sobre el fondo de las pretensiones dijo que en los términos de los artículos 313 [8] de la Constitución Política, 29, 30, 35, 170, 172, 173 y 176 de la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1031 de 2006, los personeros eran elegidos por el concejo municipal conforme la ley de las mayorías, que se hallaban sometidos a un régimen de calidades e inhabilidades para acceder al cargo, entre otras circunstancias, pero que no existía un trámite sacramental para el efecto de su elección, la ley se limitaba a establecer que debía haber un término de 3 días entre la fecha en que se fija el día de elección y aquella en que ésta se efectúa.

Luego precisó que mediante un proceso adelantado a instancia de la Resolución 001 de 2008, el Concejo municipal de Tunja (Boyacá) eligió como Personero al doctor José Arias y que por virtud de la renuncia por él presentada, esa corporación debió adelantar un nuevo trámite para el cual decidió considerar la Circular 003 de 2007, que contenía una guía para la elección de personeros y contralores elaborada por la Procuraduría General de la Nación a través de la Oficina de Selección y Carrera en orden a coadyuvar para que los referidos procesos fueran transparentes y, que conforme el Acta 205 de 2008, la elección se desarrolló de la forma como fue prevista, por lo que no comportaba ilegalidad.

Finalmente dijo, que la Circular Conjunta 003 de 2007, de la Procuraduría General de la Nación y de la Contraloría General de la República, no tenía el carácter de norma que regulara el proceso de elección de personeros y contralores pues el mismo se hallaba regulado por la ley, que sólo contenía una recomendación de los órganos de control por lo que las corporaciones en quienes recaía la competencia podían dejar de considerarla. Y su aserto resultaba del examen de la competencia deferida a los concejos que era electoral.

6. La apelación

El demandante impugnó la sentencia de primer grado. Pidió que se revocara y en su lugar se dictara otra que accediera a las pretensiones de la demanda.

Adujo que el acto de elección demandado violó el artículo 158 del Código Contencioso Administrativo pues, en su criterio, reprodujo un acto que se hallaba suspendido, el de elección de José Prisciliano Arias Arias, sobre el argumento de que se había presentado la vacancia definitiva en el cargo de personero no obstante que tal circunstancia no era cierta porque la renuncia presentada fue irregular, así también su aceptación, pues, ésta sólo puede presentarse cuando se está en servicio activo.

Asimismo, que en la medida en que a través de la Resolución 001 de 2008 se había establecido que el proceso de elección de personero municipal de Tunja (Boyacá) período 2008 – 2012 se iba a realizar considerando los parámetros de la Circular Conjunta 0003 de 2007, de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República se le había dado a ésta el carácter de norma en el citado proceso, por lo que al haber elegido al abogado José Prisciliano Arias Arias quien obtuvo una calificación de 65.7, en preferencia suya que alcanzó 80.7 se desconoció la citada resolución y el hecho de que a través de ésta se le dio el carácter de concurso de méritos al citado proceso.

Dijo que la fuerza vinculante de la Circular 003 de 2007 era tal que su desconocimiento implicó la sanción a los concejales de la ciudad de Popayán, la que fue decidida por la Procuraduría Regional del Cauca.

Y que su demanda no adolecía de una *“indebida acumulación de pretensiones”*¹, en la medida en que pidió la nulidad del acto de elección y *“como consecuencia [que se ordenara que se eligiera] a quien ocupó el primer puesto en el proceso de selección y concurso para el cargo de Personero Municipal, convocado por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tunja, mediante resolución No. 001 de 2 de enero de 2008”* y, en subsidio, *“se [eligiera] como personero de Tunja [...] a quien ocupó el primer puesto en el proceso de selección y concurso para el cargo de personero municipal, convocado por la mesa Directiva del Concejo Municipal de Tunja, mediante resolución 159 del 13 de noviembre de 2008,…”*; que el juez de la acción de nulidad debía interpretarla habida consideración de su carácter de pública, es decir, por el hecho de que podía ser incoada por cualquier ciudadano y, además porque conforme a la doctrina patria, *“[l]a acción Electoral, [constituía]*

¹ Alegato que formuló bajo el entendido que en el fallo de primera instancia se cuestionó el hecho de que hubiera perdido que se eligiera a quien ocupó el 1er lugar en el análisis de hojas de vida y entrevista en el proceso adelantado a instancia de la Resolución 001 y a quien ocupó ese mismo lugar en el trámite adelantado a instancia de la Resolución 0159 de 2008.

un híbrido, ya que contiene particularidades propias de la Acción de Nulidad, por cuanto que con ella se persigue como propósito principal, la anulación del acto acusado; proteger el interés general y además contiene particularidades propias de la Acción de Restablecimiento del Derecho, en tanto que, a esta acción, la persona que considera que ha debido ser elegida y no lo fue, puede acumular la pretensión relativa y consecuencial a la declaratoria de nulidad para que se elija a quien por mérito debió (sic) serlo”.

7. El concepto del Ministerio Público en la segunda instancia

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, en su concepto solicitó que se confirmara la sentencia recurrida.

A su juicio, la demanda, tal como lo precisó el *a quo*, adolecía de indebida acumulación de pretensiones porque se presentó en ejercicio de la acción de nulidad electoral la que sólo admitía como súplicas la de anulación, por lo que al incorporarse las contenidas en los numerales 2 y 3, el líbello incorporó pretensiones propias de la acción de restablecimiento del derecho y ante tal circunstancia el juez debía “[f]allar de fondo respecto de las pretensiones sobre las cuales tenga competencia e inhibirse con aquellas en las que no la tenga”, con lo que materializaba el contenido normativo del artículo 228 de la Carta.

Sobre los argumentos de la apelación estimó que el que refería la violación del contenido normativo del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo no podía considerarse pues fue propuesto, como nuevo argumento, con el recurso.

Y que el que refería el carácter de vinculante de la Circular Conjunta 003 de 2007, o 6781-07, por el hecho de haber sido acogida por el Concejo municipal de Tunja (Boyacá) a través de la Resolución 001 de 2008, no tenía vocación de prosperidad porque la citada circular no establecía un deber como el que infería el demandante, pues de una parte, el Concejo, en el cumplimiento de sus funciones, sólo estaba atado a la Constitución, la ley y al reglamento y estas normas no establecían un trámite para la elección de personero, y de otra, porque la circular se limitó a “[d]elinear y recomendar un posible marco, es solo (sic) una recomendación que se hace a los entes nominadores para efectos de lograr que el proceso de selección de personero Municipal sea transparente, pero sin carácter vinculante”.

Además porque la Resolución 001 de 2008, no se hallaba vigente pues fue expedida con el propósito de adelantar el proceso que culminó con la elección del abogado José Prisciliano Arias Arias, es decir, se agotó con el acto de elección.

Y también porque el concejo nunca consideró el concurso de méritos para la designación de personero habida cuenta que el hecho de que le hubiera dado ese calificativo al proceso que adelantó no hizo que éste se convirtiera en una competencia que determinara la designación de quien alcanzó el primer lugar, menos si se consideraba que los concursos implicaban la aplicación de pruebas o de instrumentos de selección en orden a *“[a]preciar la capacidad, la idoneidad y potencialidades del aspirante y establecer una calificación de los mismos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con eficiencia las funciones y responsabilidades del cargo”* y la elección que se impugnó no estuvo precedida de prueba alguna.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia y oportunidad

La Sala es competente para conocer del presente proceso en segunda instancia, conforme a lo establecido en los artículos 129 y 250 del Código Contencioso Administrativo.

La demanda fue presentada el 15 de enero de 2009 (fl. 33 cd., ppal), dentro de la oportunidad prevista en el numeral 12 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, teniendo en cuenta que la elección demandada fue declarada el 24 de noviembre de 2008 (fl. 80 cd., ppal) y que en el conteo del término de caducidad, que se halla dispuesto en días hábiles, debía descontarse, los de vacancia, a saber: 8 y 17 de diciembre y los comprendidos entre el 20 de diciembre de 2008 y el 12 de enero de 2009.

2. El acto electoral demandado

Es el de elección del señor Javier Humberto Fuentes Ortega como Personero municipal de Tunja (Boyacá) para el resto del período 2008 – 2012, documentado en el Acta 205 de 24 de noviembre de 2008.

3. Las excepciones propuestas

En la contestación de la demanda el personero demandado alegó la ineptitud sustantiva de la demanda porque los hechos en los que se afincó eran impertinentes (dijo que los descritos en los numerales 1 a 7 del capítulo respectivo hacían relación a la elección del abogado José Prisciliano Arias Arias y no a la suya) y porque las pretensiones 2 y 3 eran “[p]ropias de la Acción de nulidad y restablecimiento del derechos (sic)”.

Luego en los alegatos de conclusión aseveró, además, que el libelo inicial devenía en inepto porque no individualizó “con toda precisión el acto [demandado]”.

El *a quo* interpretó el alegato que refería que las pretensiones 2 y 3 eran “[p]ropias de la Acción de nulidad y restablecimiento del derechos (sic)” como una indebida acumulación de pretensiones y en la medida en que consideró que la única petición posible en una demanda electoral era la de nulidad y que aquellas contenidas en los numerales 2º y 3º del libelo inicial eran propias de una demanda presentada en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, declaró parcialmente probada la excepción y se inhibió de resolver el fondo de las citadas pretensiones.

Pues bien, para establecer si en el *sub lite* se presentó una indebida acumulación de pretensiones debe examinarse el contenido de la demanda.

En el escrito inicial, el demandante adujo que actuaba: “en ejercicio de la acción pública consagrada en los artículos 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo,…” es decir, en ejercicio de la acción electoral, y solicitó:

“DECLARACIONES:

1. Se declare la nulidad del acto del abogado: JAVIER HUMBERTO FUENTES ORTEGA, como personero del municipio de Tunja (Boyacá) para el resto del período Institucional 2008-2012 contenida

en el acta No. 205 de enero de 2000, emanada del Concejo Municipal de Tunja.

2. Consecuencialmente, a la declaración anterior se ordene al **CONCEJO MUNICIPAL DE TUNJA**, para que elija como personero de Tunja, para el resto del período institucional que comenzó el pasado primero (1º.) de marzo de dos mil ocho (2.008) a quien ocupó el primer puesto en el proceso de selección y concurso para el cargo de Personero Municipal, convocado por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tunja, mediante resolución No. 001 del 2 de enero de 2008, a quien de acuerdo con el listado de elegibles conformado el cual se encuentra vigente ocupó el primer puesto esto es el suscrito demandante **JOSE MANOLO MAYORGA DIAZ**.

3. Subsidiariamente, se elija como Personero de Tunja, para el resto del período institucional que comenzó el pasado primero (1º.) de marzo de dos mil ocho (2.008) a quien ocupó el primero puesto en el proceso de selección y concurso para el cargo de personero Municipal, convocado por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tunja, mediante resolución No. 159 del 13 de noviembre de 2008, a quien de acuerdo con el listado de elegibles conformado ocupó el primero puesto, y de no ser posible de forma descendente a quien acredite mejor puntaje”.

Las pretensiones así presentadas, se formularon bajo el entendido de que la designación de personero estaba gobernada por el mérito y debía disponerse respecto de la persona que acreditara las mejores condiciones en el correspondiente proceso de selección.

En cuanto estaban edificadas sobre argumentos que referían el hecho de que en el proceso de evaluación de la hojas de vida y entrevista de los aspirantes al cargo de personero, convocado a través de la Resolución 001 de 2 de enero de 2008, el demandante obtuvo el mayor puntaje y, por lo mismo, debió ser elegido en defecto del señor José Prisciliano Arias Arias primero, o en defecto del abogado Javier Humberto Fuentes Ortega después, habida cuenta de que, a su juicio, en el proceso que se adelantó a instancia de la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008, debió considerarse la lista de candidatos elaborada por razón de la expedición de la Resolución 001 de 2 de enero de 2008, podía considerarse que fueron presentadas con el propósito de procurar por un derecho subjetivo vulnerado con el acto de elección, y serían propias de una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que se habría configurado una indebida acumulación de pretensiones que hacía inepta la demanda y determinaba un fallo inhibitorio total, en la medida que el juez no está autorizado para interpretar el libelo inicial al punto de sustituir la voluntad del demandante, so pena que

desconozca el principio de congruencia y los derechos del demandado en cuanto su defensa puede estar construida a partir de los defectos de la demanda.

Sin embargo, examinada la pretensión número 3 formulada en forma “[Subsidiaria]”, en cuanto propendía porque se eligiera “a quien de acuerdo con el listado de elegibles conformado en el proceso adelantado por razón de la expedición de la resolución No. 0159 del 13 de noviembre de 2008, [...] ocupó el primer puesto” y el hecho de que en ese trámite el demandante alcanzó el 2^{do} lugar, es plausible considerar que en la demanda propendía por el mantenimiento de la legalidad en abstracto, objeto de la acción de nulidad electoral.

Así, una interpretación considerando el principio *pro actione* imponía que se entendiera que las solicitudes contenidas en los numerales 2^o y 3^o más que pretensiones, eran la consecuencia de la eventual nulidad.

Siendo así las cosas, la demanda no adolecía de defecto alguno y el fallo de primer grado en cuanto declaró probada parcialmente la excepción de inepta demanda respecto de las pretensiones 2^o y 3^o debe ser revocado.

Ahora, en cuanto al alegato según el cual los “hechos en los que se afincó [la demanda] no eran pertinentes” pues se referían a irregularidades en el proceso que determinó la elección del doctor José Prisciliano Arias Arias como personero municipal de Tunja, debe precisarse que no refiere un defecto que impida un pronunciamiento sobre el fondo y, por lo mismo, no tenía vocación de prosperidad.

Y el alegato según el cual el demandante no indicó “con toda precisión el acto [demandado]”, no amerita ser considerado pues se formuló fuera de tiempo.

De otra parte y en la medida en que el Agente del Ministerio Público en la primera instancia dijo que la demanda adolecía de ineptitud por ausencia del “concepto de violación”, debe precisarse, como lo dijo el *a quo*, que a pesar de que el concepto de la violación revela serias deficiencias en la medida que no explica en detalle las razones de la violación que se alega, es decir, en cuanto no formula, en forma puntual, unos cargos de nulidad, las alegaciones contenidas en el capítulo respectivo permiten establecer que se demandó el acto de elección por razón de que designó a una persona diferente a aquella que alcanzó el mejor puntaje en el

análisis de hojas de vida y entrevista, y desde ese entendimiento puede hacerse el control de legalidad que se plantea.

4. El problema jurídico

La apelación presentada contra la sentencia de primera instancia, en cuanto al fondo de las pretensiones, contiene 2 alegatos, a saber: i) el de la violación del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo, afincado en el argumento según el cual el acto de elección demandado reprodujo otro que había sido suspendido por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el de elección del señor José Prisciliano Arias Arias como Personero municipal de Tunja (Boyacá) período 2008 – 2012, contra la prohibición contenida en la citada disposición y ii) el de la violación de los artículos 25, 29, 58, 83 y 209 de la Constitución, así como de las Leyes 61 de 1987 y 27 de 1992 y los Decretos 2400, 3074 y 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1950 de 1973, 1045 de 1978 y 573 de 1998 y las Resoluciones 001 y 159 de 2008 en cuanto adoptaron la Circular Conjunta 003 de 2007, de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, porque no se eligió a quien obtuvo la mejor calificación en el proceso de análisis de la hojas de vida y entrevista de los aspirantes al cargo de personero, conforme a las convocatorias contenidas en las Resoluciones 001 y 159 de 2008.

Tal como lo precisó el Agente del Ministerio Público en la segunda instancia, el alegato relacionado con la violación del artículo 158 del Código Contencioso Administrativo no puede ser objeto de examen en esta instancia habida cuenta de que sólo fue formulado en el recurso de apelación, por lo que el demandado, el colaborador fiscal en la primera instancia ni el *a quo* pudieron pronunciarse sobre él.

Así pues, la Sala verificará si en el proceso de elección de personero municipal de Tunja (Boyacá) dispuesto a través de la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008, debía elegirse a quien obtuvo el mayor puntaje en el examen de las hojas de vida y en la entrevista efectuados en el proceso adelantado a instancia de la Resolución 001 de 2 de enero de 2008 o, en su defecto a quien alcanzó el primer lugar en la calificación de logros en el proceso adelantado a instancia de la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008.

Para el efecto la Sala examinará i) la forma como se accede a los destinos públicos, ii) la manera como la ley ha dispuesto la designación de personeros municipales y iii) la forma como se dispuso la designación del abogado Javier Humberto Fuentes Ortega como Personero Municipal de Tunja (Boyacá), para el resto del período 2008 - 2012.

4.1 La forma como se accede a la función pública

El artículo 125 de la Constitución Política, que contiene los principios que gobiernan el acceso a los destinos públicos, prevé.

“Artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

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

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

Parágrafo. Adicionado por el artículo 6 del Acto Legislativo 1 de 2003. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.

En los términos de la disposición antes transcrita, los cargos públicos son: de carrera, de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de elección.

Los de elección son, a su vez, de elección popular y de elección de órganos o corporaciones públicas y de período.

El acceso a los cargos de carrera, y a aquellos respecto de los cuales la Constitución o la ley no han dispuesto la forma de provisión, se gobiernan por el mérito.

No así el de los empleos de libre nombramiento y remoción, de trabajadores oficiales y de elección.

La designación en cargos de carrera, de libre nombramiento y remoción y en empleos de trabajador oficial comporta el ejercicio de la facultad nominadora.

Mientras que la designación en cargos de elección implica el ejercicio del derecho al voto que emana de la condición de ciudadano, voto popular, o de la investidura de servidor público, voto en órgano o corporación pública, y se halla atado a las reglas generales de éste mecanismo de participación, a saber: personal, libre y secreto, salvo norma que establezca excepciones².

Las designaciones por nombramiento y por elección, conforme lo tiene dicho la Sala³, se diferencian en cuanto: *“[En la] elección [...] de entre varios candidatos se escoge por votación a una persona para ocupar un cargo o un empleo por proveer...”*, mientras que *“En el nombramiento, por el contrario, se señala una persona sin que previamente se sometan a votación distintos hombres independientemente del proceso de selección previo al nombramiento mismo”*.

4.1 La naturaleza del cargo de personero municipal

El artículo 313 de la Constitución Política, dispone:

“Artículo 313. Corresponde a los concejos:

1. [...]

8. Elegir Personero para el período que fije la ley y los demás funcionarios que ésta determine.

“...”

² Hasta antes de que entrara en vigencia el Acto Legislativo 1 de 2009, el voto en las corporaciones públicas de elección popular tenía el carácter de secreto, ahora conforme al artículo 5º del citado Acto, es “nominal y público, excepto en los casos que determine la ley”.

³ Expediente 1034.

A su vez, el artículo 170 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 1º de la Ley 1031 de 2006, *“Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”*, en cuanto a los personeros municipales prevé:

“Artículo 170. Elección. Artículo modificado por el artículo 1º de la Ley 1031 de 2006. A partir de 2008 los concejos municipales o distritales según el caso, para períodos institucionales de cuatro (4) años, elegirán personeros municipales o distritales, dentro de los primeros diez (10) días del mes de enero del año siguiente a la elección del correspondiente concejo. Los personeros así elegidos, iniciarán su período el primero (1o) de marzo siguiente a su elección y lo concluirán el último día del mes de febrero. Podrán ser reelegidos, por una sola vez, para el período siguiente.

Parágrafo transitorio. Los personeros municipales y distritales elegidos antes de la vigencia de la presente ley, concluirán su periodo el último día del mes de febrero de 2008”.

Así pues, el empleo de personero corresponde a un cargo público de elección⁴ de una corporación pública, el concejo municipal, y de período, de 4 años.

Dada su naturaleza, de cargo de elección, para proveerlo no es imperioso adelantar un concurso de méritos.

4.2. La elección de personero municipal del señor Javier Humberto Fuentes Ortega

Tal como aparece en los antecedentes, el acto de elección demandado fue proferido en el proceso adelantado a instancia de la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008, proferida por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tunja *“Por medio de la cual se convoca a la nueva elección de Personero Municipal de Tunja”*, ante la evidencia de que se presentó la vacante en el empleo de personero municipal por la renuncia regularmente aceptada del abogado José Prisciliano Arias Arias.

La Resolución 159, en forma consecuente con el hecho de que el empleo de personero municipal es de elección del concejo municipal y de período, en orden a racionalizar el cumplimiento de la función estableció unas etapas, a saber: i)

⁴ Su elección se cumple conforme a las reglas del artículo 40 de la Ley 136 de 1994, a saber: “Artículo 30. Mayoría. En los concejos y sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial”.

convocatoria, ii) inscripción y recepción documentos, iii) estudio de hojas de vida, iv) entrevista y v) elección.

Las de i) estudio de hojas de vida y ii) entrevista, en cuanto asignaban un puntaje, propendían porque la elección, que se debía realizar “[e]ntre quienes [hubieran] obtenido los mayores puntajes y [reunieran] las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el desempeño del cargo,...”,⁵ se cumpliera de una forma en la que pudieran conciliarse el mérito, sobre el que versaba la Circular Conjunta 003 de 23 de noviembre de 2007, emanada de los despachos del Procurador General de la Nación y del Contralor General de la República, y la naturaleza de “de elección” del empleo.

Dicho en otras palabras propendían porque la competencia electoral del concejo, que se ejercía para la época a través del voto, personal, libre y secreto de los concejales, se cumpliera considerando a quienes dentro del universo de aspirantes, cumplieran los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio de las funciones y, además, ostentaran las “[calidades] más excelsas profesionales, personales y sociales”⁶.

Tal como lo consideró el mismo Concejo que en la citada Resolución 159, previó como parte del proceso una etapa que denominó “ELECCION”, en la que debía “Entre quienes hayan obtenido los mejores puntajes y reúnan las condiciones constitucional y legalmente establecidas para el desempeño del cargo, se [selecciona], conforme a la ley y el reglamento al Personero Municipal de Tunja”⁷

Y no podía ser de otra forma porque la Circular Conjunta 003 de 23 de noviembre de 2007, so pretexto de “[v]elar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas”⁸ no podía imponer la designación de quien alcanzara el mayor puntaje en la evaluación de los antecedentes contenidos en las hojas de vida y en la entrevista, pues con ello desnaturalizaría la competencia **electoral** de los concejos municipales, que fluye de la misma Constitución en cuanto en el artículo 313 [8] precisa que éstos deben “**Elegir** personero para el período que fije la ley...”

⁵ Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008 (fl. 79, cd., ppal.)

⁶ Circular Conjunta 003 de 23 de noviembre de 2007 (fl. 10, cd., ppal.)

⁷ Folio 79, cd., ppal.

⁸ Ver Circular 003 de 23 de noviembre de 2007, folios 10 a 12 cuaderno principal.

Si la designación de personero estuviera sometida al mérito, la Constitución y/o la ley habrían regulado el concurso en el que se valoraran las condiciones y aptitudes para acceder al cargo, considerando, por lo menos, la realización de pruebas que evaluaran la solvencia profesional de los aspirantes, así como otros mecanismos a través de los cuales se ponderara su experiencia.

En suma, el concejo municipal de Tunja (Boyacá) no se hallaba obligado a “*elegir*” a quien, en la valoración de la hoja de vida y en la entrevista, había alcanzado el mejor puntaje en el proceso adelantado a instancia de la convocatoria contenida en la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008.

Tampoco, a quien alcanzó el mejor puntaje en el trámite adelantado por razón de la expedición de la Resolución 001 de 2 de enero de 2008, no sólo por las circunstancias que se acaban de precisar, que son comunes a los 2 procesos, sino porque el acto preparatorio contentivo de la lista de personas que alcanzaron el mejor puntaje sólo era aplicable en el referido proceso y una vez se dispuso la elección del señor José Prisciliano Arias Arias, perdió su vigencia en cuanto agotó el propósito para el cual fue dictado, que no era otro que presentar un lista de candidatos para que de entre ellos se eligiera al personero municipal, para el período institucional 2008 – 2012.

5. La conclusión

En la medida en que la demanda no contiene una indebida acumulación de pretensiones, ni ningún otro defecto que la haga inepta, y que el acto de elección de personero de Tunja (Boyacá) para el resto del período 2008 – 2011, no estaba condicionado por los puntajes obtenidos por los aspirantes en la evaluación de antecedentes de las hojas de vida y en las entrevistas adelantadas en el proceso convocado a través de la Resolución 159 de 13 de noviembre de 2008, de la Mesa Directiva, ni de ningún otro, la sentencia apelada debe ser revocada en cuanto declaró probada “*parcialmente*” la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, para en su lugar desestimar las excepciones propuestas, denegar las pretensiones en cuanto a aquellas contenidas en los números 2 y 3 del respectivo capítulo de la demanda y, confirmarla en lo demás.

III. LA DECISION

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

Falla:

PRIMERO: Se REVOCA la sentencia de 14 de octubre de 2009, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Número 5, en cuanto declaró probada la ineptitud parcial sustantiva de la demanda y se inhibió para proveer sobre las súplicas 2 y 3, en su lugar, SE DESESTIMAN las excepciones propuestas por la parte demandada y SE NIEGAN las precitadas pretensiones.

SEGUNDO: Se CONFIRMA en lo demás la sentencia recurrida.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

MAURICIO TORRES CUERVO
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

FILEMON JIMENEZ OCHOA

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario