



Radicado: 52001-23-33-000-2020-00982-03
Demandante: José Luis Martínez Guerrero

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Magistrado Ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 52001-23-33-000-2020-00982-03
Demandante: José Luis Martínez Guerrero – Procurador 221 Judicial I para Asuntos Administrativos de Mocoa
Demandado: Oscar Arturo Hernández Ordoñez – Personero de Mocoa
Temas: Concursos de méritos para elegir personero municipal o distrital. Protocolo de reserva y seguridad de las pruebas. Idoneidad de entidades asesoras del proceso. Competencia exclusiva de los concejos para dirigir el concurso. Reiteración de jurisprudencia.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por Oscar Arturo Hernández Ordoñez, en su condición de demandado, contra la sentencia de 29 de septiembre de 2021 del Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad de su elección como personero municipal de Mocoa, Putumayo, para el periodo 2020 – 2024.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

José Luis Martínez Guerrero, procurador 221 Judicial I para Asuntos Administrativos de Mocoa, Putumayo, instauró demanda en ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra Oscar Arturo Hernández Ordoñez¹, elegido como personero de ese municipio para el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2020 y el 29 de febrero de 2024, conforme a la Resolución 011 y el Acta 29 del 25 de febrero de

¹ La demanda fue radicada por la parte actora el 13 de julio de 2020 ante el Juzgado 1º Administrativo de Mocoa, autoridad que la remitió por competencia al Tribunal mediante auto del día 17 del mismo mes y año. Ver expediente digital en SAMAI, documento identificado No. 52001233300020200098203270111270010.





2020 del Concejo Municipal². La parte actora formuló su pretensión en los siguientes términos:

Se declare la nulidad de los actos (sic) administrativo por medio del cual el Concejo del Municipio de MOCOA, eligió al Doctor, OSCAR ARTURO HERNANDEZ ORDÓÑEZ, identificado con cedula (sic) N° 1.026.255.243, como Personero de ese Municipio para el período 2020 a 2024, es decir la Resolución N° 011 De febrero 25 de 2020, por medio de la cual se protocoliza tal nombramiento, como la Nulidad del acta N° 029 del 25 de febrero de 2020, el mismo que surte la diligencia de posesión.

1.1. Hechos

El demandante relató que entre mayo y agosto de 2019, la Escuela Superior de Administración Pública, ESAP, a través de su página web, ofreció acompañar a los municipios de quinta y sexta categoría en el desarrollo de los concursos de mérito para elegir a los personeros del periodo 2020 – 2024. Por su parte, el presidente del Concejo Municipal de Mocoa suscribió con la Federación Nacional de Concejos (FENACON) y “Creamos Talentos”, el convenio gratuito de cooperación institucional 001 del 1º de junio de 2019, *“para el acompañamiento, asesoría y apoyo a la gestión en el proceso del concurso de méritos para la elección del personero municipal 2020 – 2024 de conformidad con el decreto 2485 de 2014 y 1083 de 2015”*.

Observó que estos contratistas no están registrados como instituciones de educación superior en el sistema de información del Ministerio de Educación Nacional ni son entidades idóneas para brindar apoyo logístico a los procesos de selección de personeros. En tal sentido, informó que FENACON es una persona jurídica sin ánimo de lucro que fue creada, entre otros objetivos, para velar por los procesos de democracia municipal, apoyar el fortalecimiento económico local y la descentralización política, administrativa y fiscal. En cuanto a “Creamos Talentos”, se trata de un establecimiento de comercio dedicado a la investigación y desarrollo experimental en el campo de las ciencias sociales y las humanidades, actividades de apoyo a la educación, suministro de recurso humano y gerencia de empleo.

Señaló que el Concejo de Mocoa, mediante la Resolución 021 del 16 de septiembre de 2019, convocó y reglamentó el concurso público y abierto de méritos para proveer el cargo de personero municipal del periodo 2020 – 2024. Destacó que este acto administrativo estableció un plazo de inscripciones inferior al previsto

² Considerando la fecha de expedición de los actos acusados, frente a aquella en que fue presentada la demanda, y atendiendo a la caducidad del medio de control de nulidad electoral prevista en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA, conviene recordar que mediante el Decreto legislativo 564 de 15 de abril de 2020 el presidente de la República suspendió los términos para presentar demandas ante la Rama Judicial a partir del 16 de marzo de 2020, hasta la reanudación que dispuso el Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo PCSJA20-11567 de 5 de junio de 2020, a partir del 1º de julio del mismo año.



legalmente y omitió el protocolo de reserva de las preguntas que se formularían en las pruebas escritas.

Indicó que la Procuraduría General de la Nación expidió la Circular 16 de 25 de septiembre de 2019, mediante la cual advirtió a los concejos municipales y distritales del país sobre el deber de evaluar y asegurar la suficiencia humana, jurídica, técnica, administrativa y financiera de las entidades diferentes a la ESAP que contrataran para realizar los procesos de selección de personero.

A su turno, el procurador regional disciplinario de Putumayo, a través de las Circulares 002-PRP del 14 de noviembre y JCNS-PR-1040 del 28 de noviembre de 2019, previno al presidente de los concejos y a los personeros de los municipios del departamento que los contratos para la elección de estos funcionarios solamente podían celebrarse con universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas, o con entidades especializadas en la selección de personal.

1.2. Normas violadas y concepto de la violación

La parte actora encuadró sus censuras contra el acto acusado en las causales de nulidad por infracción de las normas en que debió fundarse y expedición irregular previstas en el artículo 137 del CPACA, al que remite el artículo 275 *ibídem*. En primer lugar, señaló que la Resolución 021 del 16 de septiembre de 2019 del Concejo de Mocoa, por la cual se convocó y reglamentó el concurso público de méritos para proveer el cargo de personero municipal, concedió a los aspirantes un plazo de inscripción de dos (2) días, que transcurrieron entre el 3 y el 4 de octubre de 2019. A su juicio, este término impidió una mayor concurrencia de interesados y fue inferior al de cinco (5) días previsto en el parágrafo del artículo 2.2.6.2 del Decreto 1083 de 2015 para los procesos de selección o concursos que realiza la Comisión Nacional de Servicio Civil, aplicable por analogía para la elección de personeros, a falta de una disposición expresa.

En segundo lugar, increpó que no se contemplara en la actuación un protocolo de seguridad y custodia para asegurar la reserva de las preguntas de la prueba de conocimientos, en virtud del principio de transparencia que orienta las actuaciones administrativas y en particular, las etapas del proceso de selección de personeros, de conformidad con los artículos 3º, numeral 8 del CPACA y 2.2.2.7.1 del referido Decreto 1083. Subrayó que la inobservancia de este componente puede conducir a la nulidad de la elección, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional³ y del Consejo de Estado⁴.

³ Mencionó la sentencia T-180 de 2015.

⁴ Hizo referencia a las sentencias de 18 de marzo de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2019-00216-00 y de 25 de septiembre de 2019, Rad. 11001-03-15-000-2019-01310-01, sin identificar las secciones. También mencionó la sentencia de 22 de marzo de 2018, Rad. 85001-23-33-000-2017-00019-03, proferida por la Sección Quinta de la Corporación.



En tercer lugar, descalificó la idoneidad de FENACON y “Creamos Talentos” para brindar apoyo logístico al Concejo de Mocoa en el desarrollo del concurso de méritos que resultó en la elección del demandado como personero municipal, en virtud del Convenio 001 del 1º de junio de 2019. Advirtió que debió contratarse a una universidad o institución de educación superior, pública o privada, o una entidad especializada en procesos de selección de personal que, además, garantizara las herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras necesarias para llevarlo a cabo.

Arguyó que la experiencia de los contratistas en otros procesos de la misma naturaleza no satisface los parámetros perfilados para esta actividad en los artículos 2.2.27.1 y 2.2.27.6 del Decreto 1083 de 2015, la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional y el fallo proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado el 9 de diciembre de 2019⁵, junto a las recomendaciones de la Circular 16 del 25 de septiembre de 2019 de la Procuraduría General de la Nación. Frente al mismo cargo, observó que el convenio invocó como fundamento jurídico los artículos 335 de la Constitución Política y 96 de la Ley 489 de 1998, a pesar de que no se trataba de la contratación con una entidad sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad para impulsar programas incluidos en el plan de desarrollo.

Por último, considerando los términos del mismo convenio, el demandante adujo que los contratistas excedieron su rol de acompañamiento en el concurso de méritos y sustituyeron verdaderamente a la corporación administrativa en la supervisión, dirección y conducción de este proceso, a pesar de que estas funciones son indelegables.

2. Actuaciones procesales

2.1. Admisión de la demanda

Previa inadmisión y subsanación, la demanda fue admitida por el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo de Nariño por auto proferido el 18 de septiembre de 2020. En la misma providencia se negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, incorporada en el libelo inicial.

2.2. Contestaciones de la demanda

2.2.1. La apoderada judicial del personero de Mocoa se opuso a las pretensiones de la demanda, sobre la premisa de que el concurso de méritos que precedió la elección de su defendido se realizó con la debida observancia de la sentencia C-105 de 2013 de la Corte Constitucional, el Decreto 2485 de 2014 y el Decreto 1083

⁵ Rad. 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-2015), acumulado con el Rad. 11001-03-25-000-2016-00001-00 (0001-2016).



de 2015. Inició observando que este marco regulatorio no contempla un término para la inscripción de candidatos, más allá de lo dispuesto en los artículos 2.2.27.2, literal a) y 2.2.27.3 del Decreto 1083 de 2015 en cuanto al deber de incluir en la convocatoria la fecha y hora para las inscripciones y su publicación al menos diez (10) días antes, con el fin de “garantizar la libre concurrencia”.

De ahí concluyó que los concejos son autónomos para establecer el plazo de esta etapa del proceso y que no procede la aplicación por analogía de las normas propias de los concursos de méritos para proveer cargos de carrera, de naturaleza distinta al que atañe a este asunto. Adicionalmente, advirtió que el plazo de dos (2) días establecido en el cronograma del proceso de selección del caso concreto permitió la libre postulación de 34 candidatos, de los cuales 20 fueron admitidos.

En cuanto a la reserva de los exámenes que se practican a los participantes, indicó que es inherente al concurso y a ello se hizo referencia de forma expresa en el artículo 31 de la Resolución 021 del 16 de septiembre de 2019. Agregó que no existe norma que exija un protocolo o cadena de custodia para las preguntas y por lo tanto, no es posible presumir válidamente que su ausencia vulnere el principio de transparencia en la actuación. Así mismo, advirtió sobre la falta de prueba para demostrar que FENACON o “Creamos Talentos” divulgaron los cuestionarios y destacó que los convenios celebrados por otros concejos con la ESAP tampoco contienen una cláusula en el sentido que exige el demandante.

Frente a los cuestionamientos a la idoneidad de dichas entidades, recordó que la facultad de los concejos para acudir a terceros que desarrollen estos concursos de méritos tiene respaldo legal y que no tienen que ser universidades o instituciones de educación superior, sino que puede contratarse con entidades especializadas en procesos de selección de personal. En línea con lo anterior, subrayó que la cláusula segunda del Convenio 001 del 1º de junio de 2019 relacionó obligaciones referidas al “acompañamiento, asesoría y apoyo a la gestión” de la corporación administrativa, que nunca se tradujeron en la delegación de sus facultades de dirección y conducción del proceso de selección.

También señaló que el Concejo de Mocoa está afiliado a la Federación Nacional de Concejos, FENACON, cuyas funciones incluyen, justamente, asesorar a sus afiliados en el ejercicio de sus competencias, como es el caso de la elección del personero. A su turno, observó que las actividades principales que informa el registro mercantil de “Creamos Talentos” consisten en realizar investigaciones y desarrollo experimental en el campo de las ciencias sociales y las humanidades, apoyo a la educación, suministro de recurso humano y agencias de empleo.



Igualmente, advirtió que el demandante pretende cuestionar por la vía de la nulidad electoral la escogencia de la modalidad de contratación, la legalidad del convenio y la idoneidad de los contratistas, para lo cual debió solicitar la nulidad del negocio a través del medio de control de controversias contractuales, en los términos del artículo 141 de la Ley 1437 de 2011.

De otra parte, propuso la excepción de indebida designación de las partes y de sus representantes, pues la parte actora no justificó la vinculación al municipio de Mocoa como demandado. Además, sustentó la excepción de ineptitud de la demanda porque (i) el demandante la dirigió contra el acto de posesión y no el de nombramiento, que corresponde a “la sesión” del 25 de febrero de 2020, (ii) no la extendió contra la convocatoria y la lista de elegibles y (iii) algunas de las pruebas aportadas son ilegibles.

Finalmente, enfatizó en el derecho adquirido a ocupar el cargo de personero municipal, pues su representado ocupó el primer lugar en la lista de elegibles que resultó del concurso de méritos y subrayó la confianza legítima en las actuaciones adelantadas por la entidad competente para conducir este proceso de selección.

2.2.2. El Concejo de Mocoa contestó la demanda a través de apoderado judicial, quien defendió la legalidad de la elección del señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez como personero de Mocoa, realizada por la corporación administrativa. Al respecto, señaló que la ESAP no tiene el monopolio para adelantar los concursos de méritos para elegir a los personeros del país, como tampoco es válido que la Procuraduría General de la Nación ordene a los concejos adelantar estos procesos con una entidad en particular.

En cuanto a la censura del plazo de inscripción previsto en la convocatoria, indicó que el establecido para los concursos que realiza la Comisión Nacional de Servicio Civil no es aplicable a la elección de personero, por tratarse de un proceso distinto, gobernado por normas propias. Además, dentro del término otorgado por el Concejo se inscribieron 34 candidatos.

Sobre el cargo relacionado con la reserva de las pruebas del concurso, desmintió los argumentos del demandante a partir de lo dispuesto en el artículo 31 de la convocatoria, que justamente reconoció el carácter reservado de dichas pruebas, sus resultados y demás documentos recibidos. Frente al mismo punto, recalcó que el convenio de asociación sí estuvo acompañado de un protocolo de confidencialidad para la custodia de las pruebas, que incluyó lineamientos para su embalaje, transporte, distribución y recolección, entre otras instrucciones. Remató que nunca existió reclamación o demanda de algún concursante o terceros por filtración o divulgación de la información compartida durante el proceso.



En lo atinente al alcance de las actividades desarrolladas por FENACON y “Creamos Talentos”, coincidió con la defensa del demandado en que nunca les fue delegada por el Concejo la capacidad decisoria en ninguna de las etapas del concurso, tanto así que la Mesa Directiva de la corporación administrativa siempre suscribió y publicó todos los actos necesarios. Aseguró que el rol de estos contratistas se enmarcó estrictamente en las obligaciones establecidas en el convenio de asociación, a diferencia de lo ocurrido en los procesos asesorados por la ESAP, por ejemplo, en el municipio de Balboa, Risaralda, donde se redujeron las competencias del Concejo Municipal a la realización de la entrevista, según se infiere de la respectiva convocatoria.

Por último, formuló la excepción previa de ineptitud de la demanda por falta de claridad en las pretensiones y las excepciones de mérito denominadas *“aplicación del principio iura novit curia”*, *“los vicios invocados no tienen la potencialidad de cambiar los resultados del concurso”* y *“prohibición de aplicación retroactiva del precedente judicial”*. Frente a esta última, advirtió que el concurso que dio origen a la elección impugnada fue iniciado el 21 de septiembre de 2019, cuando aún no había sido proferido el fallo de 4 de marzo de 2021, mediante el cual la Sección Quinta del Consejo de Estado anuló la elección del personero de Girardot, con base en la participación de FENACON y “Creamos Talentos” en ese proceso de selección.

2.2.3. En términos similares al demandado y al Concejo, el apoderado del municipio de Mocoa refutó los argumentos ofrecidos por la parte actora contra el acto de elección del personero municipal. En tal sentido, se pronunció sobre la legalidad del plazo de inscripciones previsto en la convocatoria, la cláusula de reserva de las preguntas contenida en el mismo acto y la idoneidad de las entidades contratadas por la corporación administrativa para llevar a cabo el concurso de méritos.

2.3. Otras actuaciones de la primera instancia

2.3.1. Mediante auto del 18 de mayo de 2021, el magistrado ponente en el Tribunal declaró la nulidad de lo actuado desde la admisión de la demanda, únicamente para corregir la vinculación del Concejo de Mocoa al proceso.

2.3.2. Con auto del 15 de julio de 2021 se declaró no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado del Concejo de Mocoa.

2.3.3. El 5 de agosto de 2021 se llevó a cabo la audiencia inicial y la de pruebas, el día 24 del mismo mes y año. En la primera diligencia, el magistrado conductor del proceso fijó el litigio en el sentido de *“determinar si es dable anular el acto en virtud del cual se eligió como Personero del Municipio de Moca (sic) al señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez de acuerdo a los vicios señalados en la demanda”*:



2.4. La sentencia apelada

Mediante sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, el Tribunal Administrativo de Nariño declaró la nulidad de la Resolución N° 011 del 25 de febrero de 2020, que contiene la elección del señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez como personero de Mocoa para el periodo 2020 a 2024, efectuada por el Concejo de este municipio.

Antes de ocuparse del fondo del asunto, el *a quo* desestimó los argumentos esgrimidos por el Concejo de Mocoa y la apoderada del demandado en los alegatos de conclusión, en cuanto al vencimiento del término de un (1) año previsto en el párrafo del artículo 264 de la Constitución Política para decidir este proceso. Para el efecto, se apoyó en la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado⁶, conforme a la cual el juez electoral no pierde competencia para adoptar la decisión de fondo que corresponde, pues la norma constitucional no previó esta ni otra consecuencia en esa hipótesis.

Con tal precisión, el Tribunal sustentó la decisión recurrida en tres (3) de las censuras propuestas por la parte actora. En primer lugar, por la ausencia de un protocolo que garantizara la cadena de custodia de las pruebas de conocimientos y competencias laborales en el concurso de méritos del cual resultó la elección demandada. Al respecto, acudió al precedente de esta Sala Electoral en el caso del personero de Yopal⁷, donde se concluyó que el principio de transparencia y la interpretación sistemática de las normas que gobiernan estos procesos de selección justifican un mecanismo que proteja la integridad de las pruebas y sus resultados, aunque no exista una disposición que lo contemple expresamente.

Sobre esta premisa, consideró que el carácter reservado que se reconoció a los documentos del proceso en el artículo 31 de la Resolución 021 del 16 de septiembre de 2019 resultaba insuficiente para satisfacer esa carga de cuidado. Así mismo, observó que el “protocolo de confidencialidad” aportado al expediente no ofrecía certeza de haber sido utilizado para la actuación objeto de análisis, porque se trataba de un documento general y sin firmas, que no hizo parte de los antecedentes administrativos del Convenio 001 del 1º de junio de 2019, remitidos por el municipio de Mocoa.

Agregó que las medidas de seguridad conocidas por cuenta de la prueba testimonial, como *stickers* de seguridad y sobres cerrados, no equivalían a la guía específica de manejo documental que se echa de menos. Tampoco quedaba

⁶ El Tribunal trajo a colación la sentencia proferida por esta Sección el 26 de septiembre de 2017, Rad. 25000-23-41-000-2015-02491-01.

⁷ Se trata de la sentencia del 22 de marzo de 2018, Rad. 85001-23-33-000-2017-00019-03.



subsanada esta omisión por el hecho de no haberse presentado quejas ni reclamaciones sobre este aspecto por parte de los candidatos o terceras personas.

En segundo lugar, a partir del análisis del marco normativo que regula los concursos de mérito para elegir a los personeros municipales, de las pruebas aportadas al expediente y del precedente de la Sección Quinta del Consejo de Estado en un caso similar⁸, el Tribunal de instancia concluyó que la Federación Nacional de Consejos (FENACON) y “Creamos Talentos” no eran entidades idóneas para acompañar a la corporación administrativa en el proceso que culminó con la elección del demandado.

Frente a este aspecto, advirtió que ninguna de estas entidades era especializada en realizar, apoyar o gestionar procesos de selección, en los términos del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 y de la tesis de la Sala Electoral, teniendo en cuenta, por un lado, el objeto social de FENACON, descrito en el certificado de existencia y representación legal y en sus estatutos, y por el otro, las actividades económicas del establecimiento de comercio “Creamos Talentos”, reseñadas en el respectivo certificado de matrícula.

Como complemento de lo anterior, el Tribunal justificó la aplicación de la jurisprudencia del superior jerárquico, proferida con posterioridad a los hechos de la demanda, por estimar que es la que mejor interpreta las reglas del concurso de méritos para personeros y en todo caso, está basada en sentencias que datan del año 2017. Explicó, además, que se trata de un criterio auxiliar de la decisión, adoptada con fundamento en su autonomía como autoridad judicial, y que habría llegado a la misma conclusión, a partir de su propia confrontación de los hechos con las normas pertinentes.

En tercer lugar, observó que los reportes de actividades del convenio, el testimonio rendido por el representante legal de FENACON y los informes de la comisión accidental del Concejo de Mocoa ponían evidencia la ejecución por parte de los operadores de tareas de supervisión, dirección y conducción del concurso que correspondían exclusivamente a la corporación administrativa, especialmente la elaboración de los proyectos de decisión de las reclamaciones presentadas durante el concurso y otros actos administrativos.

2.5. El recurso de apelación

La apoderada del demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia sustentado en seis (6) aspectos. El primero de ellos insiste en un argumento expuesto como excepción en la contestación de la demanda, en cuanto a la “indebida identificación del acto administrativo de nombramiento”,

⁸ Sentencia de 29 de abril de 2021, Rad. 05001-23-33-000-2020-00480-01.



planteado en esta oportunidad como “inexistencia” del acto de elección, pues considera que la Resolución 011 del 25 de febrero de 2020 del Concejo de Mocoa tuvo por objeto la posesión, mas no propiamente la elección del personero municipal. De otra parte, reiteró el cuestionamiento esgrimido en los alegatos de conclusión acerca del vencimiento del término para fallar previsto en el parágrafo del artículo 264 de la Constitución Política, situación que estima violatoria del debido proceso.

En cuanto a los cargos que prosperaron, sostuvo que el Tribunal se basó en suposiciones cuando manifestó que la inexistencia de reclamaciones frente a la integridad de las pruebas aplicadas en el concurso “no descarta de plano la existencia de irregularidades”. También planteó una incorrecta valoración probatoria, pues ignoró el testimonio del concursante Jhon Fredy Santander Lombana, quien desmintió anomalías en esa etapa del concurso. Lo propio afirmó de la declaración rendida por Edgar Alberto Polo Devia acerca del embalaje de los cuestionarios y las hojas de respuesta y el uso de etiquetas de seguridad para los respectivos sobres.

Además, destacó que el Tribunal reconociera la inexistencia de una norma que establezca el deber de implementar un protocolo o cadena de custodia de las pruebas. A su vez, resaltó que la imparcialidad, diligencia y cuidado en el manejo de estos documentos se garantizaron en el respectivo concurso, como lo exigió el artículo 31 de la Resolución 021 del 16 de septiembre de 2019, especialmente con el protocolo que fue aportado como prueba documental al expediente.

Con relación a la falta de idoneidad de FENACON y “Creamos Talentos” para asesorar al Concejo de Mocoa, remitió a los verbos rectores de las obligaciones que les fueron asignadas en el Convenio 001 del 1º de junio de 2019, dirigidas a “acompañar, asesorar, apoyar, brindar herramientas, articular”, que descartan la posibilidad directa de los contratistas de “realizar el concurso, operar el concurso, elaborar actos administrativos, publicar resultados, inscribir y excluir participantes, responder reclamaciones e impugnaciones, aplicar pruebas, etc.”.

Reforzó su tesis en la autonomía de los concejos para valorar la capacidad de las entidades asesoras de estos concursos de méritos y reprochó que el objeto social fuera el factor determinante en el fallo apelado para desconocer la trayectoria de los contratistas en procesos de la misma naturaleza, en particular para practicar las pruebas de conocimiento y la valoración psicosocial de los participantes.

Así mismo, reprochó que el *a quo* ignorara la sentencia del 4 de mayo de 2017, Rad. 25000-23-41-000-2016-00404-01 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, invocada por él en favor de su representado, con el argumento de no ser de unificación. En su lugar, afirmó que el Tribunal fundamentó casi la totalidad de su



decisión en la sentencia proferida por la misma Sala Electoral el 4 de marzo de 2021, Rad. 25000-23-41-000-2020-00409-01, que tampoco unificó jurisprudencia y que corresponde a un precedente inexistente para la época de los hechos, es decir, aplicado de forma retroactiva.

Señaló que precisamente el fallo mencionado validó en ese caso la contratación por parte del concejo de un abogado externo para brindarle apoyo jurídico y de una empresa que se encargara de elaborar la prueba de competencias laborales, sin que ello fuera interpretado como “tercerización” del proceso. Por lo tanto, insistió en que no se decida el *sub judice* con base en el “cambio de jurisprudencia” adoptado en una sentencia posterior a los hechos que aquí se discuten.

En cuanto a la delegación de la dirección, supervisión y conducción del concurso en los operadores, reiteró que las obligaciones cumplidas por FENACON y “Creamos Talentos” se enmarcaron en lo dispuesto en el convenio, de modo que sus actuaciones siempre estuvieron subordinadas a las decisiones del Concejo. En particular, censuró que no se diera el debido valor probatorio al informe de la corporación administrativa frente a las actividades contratadas, según el cual la entidad analizó directamente las impugnaciones de los concursantes y emitió las correspondientes resoluciones y respuestas. Del mismo modo, sostuvo que el informe de la comisión accidental, referido en la sentencia recurrida, tiene un “nefasto tinte político” y fue objeto de profundas divisiones entre los concejales.

Por último, con base en el artículo 187 del CPACA, indicó que el Tribunal omitió pronunciarse sobre el argumento relativo a los derechos adquiridos del demandado, en la condición de primero en la lista de elegibles que resultó del concurso de méritos, como también frente a los efectos del fallo de nulidad electoral, de conformidad con el artículo 288 del referido estatuto procesal y la sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad. 2015-00029. Además, criticó que de forma sistemática el *a quo* guardó silencio sobre los recursos procedentes contra las providencias proferidas en el curso del proceso.

2.6. Trámite de la apelación e incidente de nulidad procesal

2.6.1. Mediante auto de 12 de octubre de 2021, el Tribunal Administrativo de Nariño concedió el recurso de apelación de la parte demandada, al tiempo que rechazó por extemporáneo el interpuesto por el Concejo de Mocoa y “declaró inadmisibles” el del municipio.

2.6.2. El magistrado ponente del proceso en esta Sección admitió la apelación del demandado a través de auto proferido el 28 de octubre de 2021.



2.6.3. Por su parte, el apoderado del Concejo de Mocoa presentó solicitud de nulidad procesal el 2 de noviembre de 2021, fundada en una supuesta irregularidad en la notificación de la sentencia recurrida.

2.6.4. Con auto de 16 de diciembre de 2021, el magistrado ponente del proceso en esta instancia negó la solicitud de nulidad procesal formulada por la corporación administrativa.

2.7. Alegatos de conclusión en segunda instancia

En esta oportunidad, la apoderada del señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez se valió, en esencia, de las mismas razones jurídicas expuestas en el recurso de apelación, haciendo énfasis en la indebida valoración probatoria que atribuye al fallo recurrido. Por lo demás, adicionó un aspecto fundado en la falta de incidencia de los cuestionamientos a las entidades que apoyaron el concurso de méritos, en el resultado del mismo, consignado en la lista de elegibles que encabezó su defendido.

2.8. Concepto del Ministerio Público

La señora procuradora delegada ante esta Sección emitió concepto que aboga por que se confirme la sentencia apelada. En respaldo de su postura, expuso el marco normativo que regula la “tercerización” en la elección de personeros, destacando que las entidades que brinden este apoyo a los concejos pueden ser (i) universidades, (ii) instituciones de educación superior o (iii) especialistas en procesos de selección de personal. Frente a este último grupo, advirtió que la idoneidad está definida por el objeto social y justamente en el caso de FENACON y “Creamos Talentos”, la Sección Quinta del Consejo de Estado⁹ verificó en los certificados de la Cámara de Comercio y estatutos, según el caso, que las actividades económicas allí relacionadas no respondían a la condición prevista en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.

Al referirse a la cadena de custodia de las pruebas del concurso de méritos, compartió la interpretación de la Sala Electoral en cuanto a la necesidad de integrar procedimientos que garantizaran la autenticidad, identidad e integridad de los documentos de dicha actuación, aunque no hubiese norma que lo impusiera expresamente. Dicho esto, apoyó la conclusión del *a quo* sobre la ausencia en el caso concreto de una guía específica o protocolo para asegurar la adecuada disposición de los documentos del proceso.

⁹ Sentencia de 6 de mayo de 2021, Rad. 08001-23-33-000-2020-00139-01, caso del personero de Girardot.



En contraste con la valoración de los cargos anteriores, el Ministerio Público se apartó de la tesis del Tribunal, según la cual los operadores del concurso ejercieron funciones de dirección y conducción, pues el material probatorio demostraba que todas las decisiones fueron suscritas y adoptadas por el Concejo.

La parte final del concepto se refiere a la modulación de la sentencia que reclama el apelante, aspecto sobre el que la señora procuradora delegada recordó los lineamientos de la sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad. 11001-03-28-000-2015-00029-00. En tal sentido, señaló que, cuando el juez electoral guarda silencio frente a los efectos del fallo que declara la nulidad de la elección que es producto de un proceso de selección o concurso, la entidad competente queda en libertad de decidir si rehace todo o parte del trámite, teniendo en cuenta si en el caso se identificó la etapa en la cual se concretó la irregularidad y si no se afectan derechos adquiridos a las personas involucradas.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 29 de septiembre de 2021, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño anuló su elección como personero de Mocoa, periodo 2020 – 2024, de conformidad con los artículos 150 y 152, numeral 8º del CPACA, en armonía con lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 80 de 2019 de la Sala Plena del Consejo de Estado.

2. Problema jurídico

Corresponde a esta Sección decidir si debe confirmarse, modificarse o revocarse la decisión adoptada por el *a quo*, que declaró la nulidad de la elección del señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez como personero de Mocoa, realizada por el Concejo del mismo municipio. En este orden, a partir del marco trazado por la sentencia de primera instancia y el recurso de apelación, la Sala estima que el problema jurídico se contrae a determinar, en primer lugar, si el concurso de méritos que precedió la elección impugnada omitió la aplicación de un protocolo de seguridad y custodia de las pruebas aplicadas a los concursantes y de ser así, si se trata de un documento cuya ausencia pueda constituir un vicio con la entidad suficiente para anular la elección.

En segundo lugar, deberá precisarse el alcance del rol de las entidades operadoras de los procesos de selección de personeros y desarrollar los conceptos de “dirección” y “conducción” del mismo, a partir de la tesis expuesta por la esta Sala



en casos similares. En tercer lugar, habrá de recordarse la jurisprudencia de la Sección en cuanto a la idoneidad de las entidades especializadas en procesos de selección de personal en el contexto indicado.

Con tal propósito, se esbozarán las características del cargo de personero y del concurso público de méritos regulado para su elección, a partir de lo previsto en la Constitución, la Ley 136 de 1994 y el título 27 del Decreto 1083 de 2015, junto con los lineamientos jurisprudenciales pertinentes. Seguidamente, se abordará el caso concreto, con base en el análisis del material probatorio aportado al expediente frente a cada uno de los ítems conceptuales planteados.

Por último, se examinarán los argumentos del apelante relacionados con (i) la inexistencia del acto de elección, (ii) el término constitucional para decidir el contencioso de nulidad electoral, (iii) la “aplicación retroactiva” del precedente y (iv) la modulación de los efectos del fallo que accede a la pretensión anulatoria de una elección o nombramiento.

3. Características del cargo de personero y del procedimiento para su elección

De conformidad con el artículo 113 de la Constitución Política, la estructura del estado colombiano sigue la división tripartita tradicional de los poderes públicos legislativo, ejecutivo y judicial, a los que se suman los 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 *ibídem* dispone que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control. En particular, el artículo 118 de la Carta atribuye al Ministerio Público “*la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas*”. La misma norma relaciona las autoridades que lo integran, bajo la suprema dirección del procurador general de la Nación¹⁰, dentro de las cuales se encuentran los personeros municipales.

La Ley 136 de 1994 se ocupa del diseño institucional de las personerías y define la naturaleza del cargo de personero. Sobre lo primero, el artículo 168 advierte sobre el funcionamiento de personerías en el Distrito Capital, en los municipios y distritos, con autonomía presupuestal y administrativa. Así mismo, integra los presupuestos de estas entidades al presupuesto general del correspondiente municipio o distrito,

¹⁰ Constitución Política, artículo 275.



sin que ello implique su pertenencia funcional a las respectivas administraciones, en razón a la ubicación definida desde la Constitución dentro del Ministerio Público. En razón a su pertenencia a dicho órgano autónomo e independiente, 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 *“la guarda y promoción de los derechos humanos, la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas”*.

La elección de estos funcionarios ha estado tradicionalmente atribuida a los concejos municipales, como se advierte del numeral 3º del artículo 169 de la Ley 4 de 1913 y el numeral 6º del artículo 92 del Decreto 1333 de 1986, que corresponden a los códigos de régimen político y municipal de cada época. La Constitución Política de 1991 mantuvo esta competencia en las corporaciones administrativas locales, conforme con el artículo 313, numeral 8, según el cual corresponde a los concejos *“elegir personero para el periodo que fije la ley”*.

De acuerdo con el texto original del artículo 170 de la Ley 136 de 1994, los concejos 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 justificó el objeto de este mecanismo de selección para elegir al personero en 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.

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 estatal¹¹.

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 periodos 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.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-103 de 2015, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.



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 sus lineamientos generales, sin perjuicio de contar con la asistencia de terceros especializados en la materia¹².

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 entrevista¹³.

Conforme con lo expuesto, actualmente la elección de los personeros se realiza para un periodo de (4) años y debe ser efectuada por el respectivo concejo dentro de los primeros (10) días de enero, mediante un concurso público de méritos reglado, que puede ser realizado a través de 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 proceso¹⁴.

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 selección¹⁵.

¹² Ver, entre muchas otras, 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.

¹³ Id.

¹⁴ Al respecto, ver, entre otras: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de marzo de 2021, Rad. 05001-23-33-000-2020-00495-01, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁵ 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.



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 cadena de custodia deben ponderarse para establecer su incidencia en la legalidad del acto final de elección¹⁶.

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 judicial¹⁷.

Con este panorama conceptual, emprenderá la Sala el análisis de los cargos que sustentaron la decisión anulatoria impugnada y los argumentos de la apelación en el caso concreto, a partir del marco normativo y las pruebas pertinentes.

4. El caso concreto

Como se anunció en el planteamiento del problema jurídico, los argumentos del apelante contra la sentencia de primera instancia imponen a la Sala ocuparse, en su orden, de (i) las formas de asegurar la reserva de las pruebas y demás documentos de los concursos de méritos para elegir personero, (ii) el alcance de las funciones de dirección y conducción del trámite y actividades que pueden contratarse con terceros y (iii) la idoneidad de las entidades especializadas en procesos de selección de personal en el contexto indicado.

Frente a cada punto, se revisará el material probatorio que soporta en el caso concreto las actuaciones del Concejo de Mocoa y de las entidades contratadas para adelantar el concurso de méritos, a saber, la Federación Nacional de Concejos (FENACON) y el establecimiento de comercio “Creamos Talentos”. Superado el estudio del tema de fondo, se abordarán las cuestiones adjetivas propuestas en la alzada, es decir, (i) la inexistencia del acto de elección, (ii) el término constitucional para decidir el contencioso de nulidad electoral, (iii) la “aplicación retroactiva” del precedente y (iv) la modulación de los efectos del fallo que accede a la pretensión anulatoria de una elección o nombramiento.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de marzo de 2018, Rad. 85001-23-33-000-2017-00019-03, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y sentencia de 6 de mayo de 2021, Rad. 08001-23-33-000-2020-00139-01, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de agosto de 2021, Rad. 23001-23-33-000-2020-00040-01, MP Rocío Araújo Oñate.



4.1. La reserva de los documentos del concurso de méritos de personeros

El *a quo* halló la razón a la parte actora en cuanto a que dentro del proceso de selección que culminó con la elección del demandado como personero de Mocoa no se siguió un documento específico, a manera de un protocolo o guía, que indicara a los contratistas la forma de asegurar la seguridad de los documentos del concurso, sobre todo de las pruebas y sus resultados. El apelante se opone a esta valoración, ante la incorporación en la convocatoria de una cláusula específica de reserva de dichos elementos y las medidas de conservación y custodia que se acreditaron en el expediente.

Por su parte, la Sala comparte la lectura propuesta por el recurrente, con base en las razones que pasan a explicarse. Como se ha dicho en precedentes similares al *sub judice*, tratándose de documentos y piezas de una actuación, se entiende por cadena de custodia lo siguiente:

[E]l procedimiento que se debe dejar demostrado cuando se busca proteger evidencia o materiales probatorios; es decir, es el registro debidamente realizado o si se quiere la constancia que debe dejarse de todo acto, entiéndase “identidad, estado original, condiciones de recolección, preservación, embalaje y envío; lugares y fechas de permanencia y los cambios que cada custodio”, realizado con la prueba que se quiere presentar o hacer valer¹⁸.

Atendiendo a su finalidad, la Sección ha subrayado la importancia de implementar medidas de protección a la confidencialidad e integridad de las pruebas que se aplican en los concursos de méritos para elegir personeros, que se justifican en el principio de transparencia que debe orientar la actuación y en el derecho de participar en igualdad de condiciones que tienen los candidatos. En consecuencia, se ha hecho énfasis en la importancia de contar con un procedimiento, idealmente en la forma de un protocolo, instructivo o guía, que asegure la protección de la identidad de los concursantes que presentan los exámenes, el estado original, las condiciones de transporte, embalaje y preservación, los lugares y fechas de almacenamiento, las personas responsables de su custodia, entre otros aspectos afines.

Con todo, se ha reconocido que la ausencia de dicho instrumento no conduce automáticamente a la nulidad de la elección del personero, pues debe ponderarse la incidencia de tal omisión en el resultado del concurso, es decir, si el yerro tiene la suficiente entidad para afectar con nulidad el acto demandado¹⁹.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 22 de marzo de 2018, Rad. 85001-23-33-000-2017-00019-03, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁹ Id.



En el caso concreto, se advierte que el artículo 31 de la Resolución 021 de 16 de septiembre de 2019 de la Mesa Directiva del Concejo de Mocoa²⁰, “*POR MEDIO DE LA CUAL SE CONVOCA Y REGLAMENTA EL CONCURSO PÚBLICO Y ABIERTO DE MÉRITOS PARA PROVEER EL CARGO DE PERSONERO MUNICIPAL DE MOCOA PUTUMAYO PERIODO 2020-2024*”, incorporó una cláusula expresa sobre el carácter reservado de las pruebas del proceso:

ARTÍCULO 31º. RESERVA DE LAS PRUEBAS. Las pruebas realizadas durante el concurso de méritos, sus resultados y demás documentación recepcionada son de carácter reservado y solo serán de conocimiento los responsables del mismo, al tenor de lo ordenado en el numeral 3 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004”.

A su turno, en el marco de los testimonios recibidos en primera instancia, el representante legal de FENACON explicó lo siguiente:

[A] ellos se les entrega un sobre sellado, los concejales que estuvieron en la aplicación de la prueba le entregaron el sobre los participantes, en este caso resulta de que cada sobre contiene un sticker de seguridad, también dentro del sobre la persona abre el sobre, saca su cuestionario, saca su hoja de respuestas, llena su cuestionario, su hoja de respuestas y vuelve y mete en el sobre el cuestionario con la hoja de respuestas, el sticker de seguridad que trae adentro es precisamente para volver a sellar el sobre, entonces ese sobre no tiene manipulación, ese cuestionario no tiene manipulación y la hoja de respuestas tampoco. Entonces se recaudan todas las pruebas aplicadas, se lleva al recinto y allá ellos pues en conjunto digamos que hacen un acto de presencia con los asesores, con algunos concejales que quieran estar presentes, se eleva el acta de la aplicación de la prueba, todo el tema y se hace la calificación, se levantan los sellos de cada sobre, se saca las hojas de respuesta y se hace una calificación (...) ²¹.

De manera que en este concurso existieron elementos concretos —v.g. etiquetas de seguridad, sobres sellados y documentos individuales— suministrados por los operadores, que acompañaron las evaluaciones y que fueron utilizados por los participantes, conforme a las orientaciones que impartió el personal responsable de aplicar las pruebas.

Por lo tanto, si bien el documento aportado al proceso para acreditar la aplicación de un protocolo fue descartado por el Tribunal por falta de firmas y por no haber sido allegado como parte de los antecedentes administrativos del respectivo convenio, lo cierto es que para esta Sala la inexistencia de un instructivo propiamente dicho, contentivo de pautas para el manejo de las evaluaciones utilizadas en el concurso del *sub judice*, no configura un vicio con la entidad

²⁰ Ver anexos de la demanda, documento identificado dentro del expediente digital No. 52001233300020200098203270111270004.

²¹ Ver audiencia de pruebas, archivo identificado dentro del expediente digital No. 52001233300020200098203270111270070.



suficiente para sustentar una irregularidad en la expedición de la elección del demandado como personero de Mocoa. Al respecto, se reitera que una guía de esta naturaleza está destinada a respetar el principio de transparencia en el manejo de la información que transita en el curso del proceso de selección, de manera que es posible valorar este deber a partir de otros elementos que pudieran asegurar la integridad de los documentos, especialmente de las pruebas que se aplican a los concursantes.

En línea con lo anterior, resulta relevante que la parte actora no alegara un evento concreto con el fin de demostrar que las medidas de seguridad implementadas para la aplicación de las pruebas hubiesen sido vulneradas por cuenta de algún incidente. Siendo así, a diferencia de la conclusión de Tribunal, la falta de reclamaciones dirigidas a cuestionar la integridad o seguridad de las pruebas practicadas sí constituye un indicio de que esta fase se llevó a cabo de conformidad con el carácter reservado que exigió la respectiva convocatoria.

Sobre el punto, se recuerda que esta Sección ha expuesto este mismo razonamiento en otros casos de elección de personeros, en el sentido de precisar que la ausencia de cuestionamientos contra las pruebas de conocimientos y de competencias laborales permite inferir razonablemente que el proceso se desarrolló en circunstancias de normalidad²².

En esa medida, prospera esta parte de los argumentos del apelante.

4.2. Funciones de dirección y conducción del concurso de méritos de personeros y actividades que pueden contratarse con terceros

Para el Tribunal, FENACON y Creamos Talentos sustituyeron al Concejo de Mocoa en su función de dirigir y supervisar el concurso de méritos para la elección del personero, en esencia, porque existe prueba de que esas entidades proyectaron los actos administrativos que resolvieron las impugnaciones y recursos de los interesados. A esta conclusión se opusieron el apelante y el Ministerio Público, quienes otorgan un alcance válido a esta forma de asesoría por parte de los operadores del concurso.

En línea con estas últimas posturas, la Sala considera que la elaboración de los proyectos de decisión es una actividad de apoyo legítima dentro del objeto contractual del convenio de asociación suscrito entre aquellas partes. En tal sentido,

²² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 6 de mayo de 2021, Rad. 08001-23-33-000-2020-00139-01, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Ver, además, sentencia de 15 de diciembre de 2021, Rad. 44004-23-40-000-2020-00029-01, MP. Rocío Araújo Oñate.



los numerales 1) y 2) de la cláusula segunda del Convenio 001 del 1º de junio de 2019²³ relacionan entre las obligaciones de los contratistas:

1) Brindar acompañamiento, asesoría y apoyo a la gestión a los Concejales del municipio de Mocoa – Putumayo, para la elección del Personero, de acuerdo con los estándares definidos en la Ley 1551 de 2012 y sus Decretos Reglamentarios 2485 de 2014 y 1083 de 2015, frente a la realización del concurso Público y abierto de méritos. 2) Asesorar a los Concejales en el procedimiento para llevar a cabo el Concurso Público y Abierto de Méritos que debe adelantar el Concejo Municipal para elegir al Personero.

Estas responsabilidades son ilustrativas de la necesidad de extender la asesoría a los concejales a cuestiones jurídicas que suponen el análisis de las normas pertinentes y las situaciones particulares que se pudieran presentar en torno a una reclamación, recurso o alguna otra fase, como parte de las actuaciones normales de los procesos de esta naturaleza. Adicionalmente, el mismo Tribunal admitió que todos los actos administrativos proferidos durante el concurso de méritos fueron adoptados por el Concejo de Mocoa, a través de su Mesa Directiva, los cuales se presumen legales y desprovistos de cualquier circunstancia anormal que pudiera afectar la voluntad de las autoridades competentes para suscribirlos.

A una conclusión similar llegó esta Sala en el caso del personero de Girardot, donde se enfatizó en el alcance de la colaboración brindada por los contratistas al Concejo de ese municipio:

[A]unque los operadores en comento realizaron actividades dentro de las diferentes etapas concursales, quien decidió sobre ellas fue la corporación cabildante: cada uno de los actos administrativos concernientes al proceso de selección fueron emitidos por el ente municipal quien, finalmente, ponderó y resolvió directamente lo que estimó necesario para llevar a cabo el concurso de méritos en cuestión, por lo que, distinto a los planteamientos del demandante, queda claro que la entidad municipal sí ejerció directamente las funciones propias dentro del proceso de selección del Personero Municipal, sin que pueda entenderse que las instituciones que le sirvieron de apoyo hubiesen usurpado su competencia²⁴.

En tales condiciones, no le asiste razón al *a quo* al equiparar la *elaboración* de formatos o proyectos de decisión, con la *decisión* misma, que nunca salió de la órbita de competencia de la corporación administrativa y por lo tanto, en ningún caso delegó la función de resolver reclamaciones, impugnaciones o recursos, ni alguna otra decisión, lo cual tiene respaldo en las pruebas arrimadas al plenario. Así se constata, por ejemplo, en las resoluciones y los oficios suscritos por la Mesa

²³ Ver anexos de la demanda, documento identificado dentro del expediente digital No. 52001233300020200098203270111270004.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de marzo de 2021, Rad. 25000-23-41-000-2020-00409-01, MP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



Directiva del Consejo de Mocoa y el presidente de la Corporación, que se relacionan a continuación²⁵:

- Resolución 024 del 17 de octubre de 2019, por la cual se publica la lista definitiva de admitidos y no admitidos al concurso.
- Oficio HCM-112 del 12 de noviembre de 2019, que responde la petición del señor Jhon Rivera Cruz acerca de las entidades que desarrollarán el concurso público de méritos.
- Resolución 031 del 18 de noviembre de 2019, que contiene la publicación de los resultados definitivos de la prueba de valoración de análisis de antecedentes de los concursantes.
- Resolución 032 del 20 de noviembre de 2019, que publica el consolidado de los resultados de las pruebas aplicadas a los participantes.
- Oficio HCM-111 del 11 de diciembre de 2019, que responde a la petición de información del participante Ángel Eduardo Pérez Fajardo.
- Oficio HCM-125 del 26 de diciembre de 2019, que informa a la Procuraduría General de la Nación sobre el estado del proceso de selección.
- Resolución 001 del 2 de enero de 2020, por la cual se fijan las directrices para la entrevista.
- Resolución 004 del 7 de enero de 2020, por la cual se publican los resultados de la entrevista.
- Oficio HCM-064 del 21 de febrero de 2020, que contesta la reclamación contra la evaluación de antecedentes, presentada por el participante Ángel Eduardo Pérez Fajardo.

En consecuencia, también prospera esta parte de los argumentos del recurso de alzada, apoyada por la señora agente del Ministerio Público en segunda instancia.

4.3. Condiciones de idoneidad de las entidades especializadas en procesos de selección de personal para participar en concursos de méritos para elegir personeros

La motivación más sólida del fallo apelado radica en la falta de idoneidad de las entidades contratadas por el municipio de Mocoa para acompañar el desarrollo del concurso de méritos que culminó con la lista de elegibles que encabeza el señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez y que justificó su elección como personero de dicha entidad territorial. En contra de esta tesis, la apoderada del demandado destaca la competencia de la corporación administrativa para evaluar la capacidad de los operadores del concurso, la experiencia que acreditaron en la realización de procesos anteriores de la misma naturaleza y los derechos adquiridos de su defendido.

²⁵ Contenidos en el enlace del expediente digital identificado No. 52001233300020200098203270111270032.





Frente a este cargo, la Sala reitera que la facultad que el artículo 2.2.27.1. del Decreto 1083 de 2015 reconoce a los concejos para “efectuar los trámites pertinentes para el concurso”, está condicionada a la contratación de personas jurídicas que reúnan las condiciones allí previstas, es decir, que se trate de (i) universidades o (ii) instituciones de educación superior, públicas o privadas, o (iii) entidades especializadas en procesos de selección de personal. De manera que, si bien las corporaciones administrativas no tienen materialmente que ejecutar o intervenir en cada etapa del concurso y pueden delegar a terceros la realización parcial de los mismos, deben asegurar que los perfiles de los operadores respondan a la exigencia de la normatividad que gobierna estos procedimientos.

Adicionalmente, tratándose de entidades especializadas en procesos de selección de personal, esta Sección ha reiterado que ese carácter *especializado* está definido por dos presupuestos, a saber, la personería jurídica y el objeto social, independiente de la experiencia que de forma aislada pudieran demostrar los interesados en brindar la correspondiente asesoría en el concurso. Este razonamiento ha sido explicado por la Sala en los siguientes términos:

Se parte del estudio del objeto social consagrado en los estatutos de la sociedad, en sus certificados de existencia y representación legal y, en general, en los documentos que contemplan la creación y constitución de las personas jurídicas que acompañan los procesos de selección de personeros.

En este punto, huelga a aclarar que la jurisprudencia de la Sala ha precisado que, sin importar la experiencia de estas sociedades, el punto de inflexión para la determinación de su naturaleza se encuentra siempre en su objeto social.

(...)

De esta manera, la Sección erige una relación inexorable de acuerdo con la cual, la experiencia en actividades de selección de personal solo tendrá efectos jurídicos, cuando se logra demostrar que la entidad que ha asesorado la puesta en marcha del concurso de méritos cuenta con la habilitación para ello de conformidad con las previsiones expresas de su objeto social que, en el caso de las personas jurídicas, determinan su capacidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 99 del Código de Comercio (...).

Aplicados estos lineamientos al caso de la Federación Nacional de Concejos (FENACON) y el establecimiento de comercio “Creamos Talentos”, operadores del concurso de méritos del caso concreto, en virtud del Convenio 001 de 1º de junio de 2019 suscrito con el Concejo de Mocoa, se advierte que ninguno responde a la categoría de “entidades especializadas en procesos de selección de personal”. En efecto, el certificado de existencia y representación legal de FENACON²⁶ describe su objeto social de la siguiente manera:

²⁶ Contenido en el enlace del expediente digital identificado No. 52001233300020200098203270111270032.



CONSTITUYE LOS FINES DE LA FEDERACION: A.- VELAR POR EL DESARROLLO DE LA DEMOCRACIA MUNICIPAL, LA ORDENACION Y MODERNIZACION INSTITUCIONAL Y POR EL FORTALECIMIENTO ECONOMICO LOCAL EN TODOS SUS ASPECTOS. B.- IMPULSAR EL PROCESO DE DESCENTRALIZACION POLITICA, ADMINISTRATIVA Y FISCAL, PROCURANDO SU DESARROLLO COORDINADO Y COHERENTE Y ASESORAR OPORTUNAMENTE A LOS CONCEJOS EN LA EXPEDICION DE LAS MEDIDAS PERTINENTES. C.- PRESENTAR PROYECTOS DE LEY O DE REFORMA CONSTITUCIONAL, DE CONFORMIDAD CON LOS INTERESES DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES Y LA INICIATIVA LEGISLATIVA, CONSAGRADA EN LA CONSTITUCION NACIONAL. D. PROMOVER ANTE EL GOBIERNO NACIONAL, ANTE LA RAMA LEGISLATIVA Y ANTE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS COMPETENTES, LAS REFORMAS QUE CONSIDERE NECESARIAS CON EL FIN DE QUE LAS NORMAS APLICABLES AUSPICIE Y RESPALDEN EL DESARROLLO MUNICIPAL Y EL FORTALECIMIENTO DE LOS CONCEJOS DISTRITALES Y MUNICIPALES. E. FOMENTAR Y DEFENDER LOS INTERESES DISTRITALES Y MUNICIPALES DE LOS CONCEJOS ANTE LAS DIVERSAS INSTANCIAS DEL GOBIERNO CENTRAL, DEPARTAMENTAL Y DEMAS ENTIDADES ADMINISTRATIVAS O TERRITORIALES QUE SE CREEN AL IGUAL ANTE PERSONAS O ENTIDADES QUE SE CREEN. AL IGUAL, ANTE PERSONAS O ENTIDADES DEL SECTOR PRIVADO. F.- IMPULSAR LAS RELACIONES ENTRE LOS DISTRITOS O MUNICIPIOS Y LOS CONCEJOS MUNICIPALES A NIVEL NACIONAL E INTERNACIONAL CON EL FIN DE FOMENTAR EL INTERCAMBIO DE EXPERIENCIAS EN MATERIA DE ADMINISTRACION Y DESARROLLO LOCAL, Y PROMOVER LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS ENTES LOCALES. G. VELAR PORQUE EL DISEÑO Y ELABORACION DE LOS PLANES Y PROGRAMAS INTEGRALES DE DESARROLLO DE LOS NIVELES REGIONAL Y NACIONAL SE ENMARQUEN DENTRO DE LA ATENCION DE LAS NECESIDADES DE LAS COMUNIDADES. H. TRABAJAR POR LA INTEGRACION Y COORDINACION DE TODAS AQUELLAS INSTANCIAS INTERESADAS EN EL PATROCINIO DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACION DISTRITAL O MUNICIPAL. I. REPRESENTAR A LOS CONCEJOS DISTRITALES Y MUNICIPALES DEL PAIS EN LOS DIFERENTES ORGANISMOS Y ENTIDADES EN LOS QUE DE ACUERDO CON LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES VIGENTES DEBA TENER ASIENTO. J. SER ORGANISMO CONSULTIVO DEL GOBIERNO NACIONAL, DEL CONGRESO DE LA REPUBLICA, DE LAS ASAMBLEAS DEPARTAMENTALES Y DE LAS ENTIDADES NACIONALES E INTERNACIONALES TANTO PUBLICAS COMO PRIVADAS QUE LO REQUIERAN. K.- INCENTIVAR LA PARTICIPACION POPULAR Y CIUDADANA A TRAVES DE LOS DIFERENTES MECANISMOS CONSTITUCIONALES COMO SON: EL VOTO PROGRAMATICO, EL PLESBITO, EL REFRENDADO, LA CONSULTA POPULAR, EL CABILDO ABIERTO, LA INICIATIVA LEGISLATIVA Y LA REVOCATORIA DEL MANDATO. L. MANTENER PERMANENTE ACTUALIZACION A LOS DISTRITOS Y CONCEJOS EN LAS NUEVAS DISPOSICIONES LEGALES QUE SURJAN. M. DESARROLLAR ALIANZAS CON ENTIDADES PUBLICAS Y PRIVADAS QUE PERMITAN EL FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD DE LA DESCENTRALIZACION EN COLOMBIA MEDIANTE LA UTILIZACION Y DESARROLLO DE MEDIOS DE FORMACION Y COMUNICACION QUE INVOLUCREN ENTRE OTROS ACTORES A LOS CONCEJOS Y LOS CONCEJALES AFILIADOS A LA FEDERACION. N. CONSTITUIR Y DESARROLLAR UN PAQUETE DE SERVICIOS QUE PARTA DEL ANALISIS DIFERENCIADO DE LAS NECESIDADES DE LOS



CONCEJOS Y LOS CONCEJALES DEL PAIS, ESTABLECIENDO TARIFAS QUE PROMUEVAN LA AFILIACION A LA FEDERACION Y PROPENDA POR DISMINUIR LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS CONCEJOS DE LOS MUNICIPIOS SEGUN SU CLASIFICACION SOCIOECONOMICA.

De forma similar, los estatutos de la federación en comento²⁷ señalan entre sus fines:

- a) Velar por el desarrollo de la democracia municipal, la ordenación y modernización institucional y por el fortalecimiento económico local en sus diversos sus aspectos.
- b) Impulsar el proceso de descentralización política, administrativa y fiscal, procurando su desarrollo coordinado y coherente y asesorar oportunamente a los concejos en la expedición de las medidas pertinentes.
- c) Promover y presentar proyectos de ley o de reforma constitucional, de conformidad con los intereses de los concejos y la iniciativa que al respecto otorga el artículo 155 de la Constitución Política al treinta por ciento de los concejales del país.
- d) Promover ante el Gobierno Nacional, la Rama Legislativa y ante las autoridades administrativas competentes, las reformas que considere necesarias con el fin de que las normas aplicables auspicien y respalden el desarrollo municipal y regional y el fortalecimiento de los concejos distritales y municipales.
- e) Fomentar y defender los intereses de los distritos y municipios a cargo de los concejos, como corporaciones administrativas de elección popular directa, ante las diversas instancias del gobierno central, departamental y demás entidades administrativas o territoriales; así mismo, ante personas o entidades del sector privado.
- f) Impulsar las relaciones entre los distritos o municipios y los concejos municipales, y su proyección a nivel nacional e internacional, con el fin de fomentar el intercambio de experiencias en materia de administración y desarrollo local, y promover la solidaridad entre las diversas entidades.
- g) Velar porque el diseño y elaboración de los planes y programas de desarrollo de los niveles regional y nacional, esté debidamente coordinado con la atención de las necesidades de las comunidades de nivel inferior.
- h) Trabajar por la integración y coordinación de todas aquellas instancias interesadas en el patrocinio del proceso de descentralización en favor de los distritos y municipios y de sus divisiones administrativas (localidades, comunas, corregimientos, veredas)
- i) Representar a los concejos distritales y municipales del país en los diferentes órganos y entidades en los que deba llevar su voz, de acuerdo con las disposiciones jurídicas vigentes.
- j) Ser organismo consultivo del Gobierno Nacional, del Congreso de la República, de las Asambleas Departamentales y de las entidades nacionales e internacionales tanto públicas como privadas, cuando así lo requieran.
- k) Contribuir a la divulgación y realización de los diferentes mecanismos constitucionales de participación ciudadana, como son: el voto programático, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato, inspirada siempre en los principios democráticos y de bien común.

²⁷ Documento identificado en el expediente digital con el No. 52001233300020200098203270111270055.



- l) Mantener actualizados a los concejos en las nuevas disposiciones constitucionales y legales que incidan en su funcionamiento, y promover o realizar la capacitación que sea conveniente.
- m) Promover, constituir o desarrollar servicios y cualquier tipo de proyecto para beneficio de la comunidad y en especial para los concejos y concejales del país, tales salud, vivienda, saneamiento básico, educación y medio ambiente, atendiendo sus diferencias socioeconómicas y necesidades.
- n) Desarrollar alianzas con entidades públicas y privadas que permitan el fortalecimiento de la institucionalidad y de la descentralización en Colombia, mediante la utilización y desarrollo de medios de formación y comunicación que involucren entre otros actores a los concejos y los concejales afiliados a la Federación.

En lo que atañe a “Creamos Talentos”, el certificado de matrícula de persona natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá²⁸ revela que se trata de un establecimiento de comercio de propiedad de la señora Ángela María Dueñas Gutiérrez, asociada a la siguiente actividad económica:

(...) ACTIVIDAD ECONOMICA: 7220 INVESTIGACIONES Y DESARROLLO EXPERIMENTAL EN EL CAMPO DE LAS CIENCIAS SOCIALES Y LAS HUMANIDADES. 8560 ACTIVIDADES DE APOYO A LA EDUCACIÓN. 7830 OTRAS ACTIVIDADES DE SUMINISTRO DE RECURSO HUMANO. 7810 ACTIVIDADES DE AGENCIAS DE EMPLEO.

A su vez, de acuerdo con la descripción de la Cámara de Comercio de Bogotá²⁹, estas actividades económicas incluyen:

7220

- La investigación y el desarrollo experimental en ciencias sociales (derecho, economía, trabajo social, psicología y sociología, entre otras).
- La investigación y el desarrollo experimental en humanidades (lingüística, idiomas, arte, antropología, geografía e historia, entre otras).
- La investigación y el desarrollo interdisciplinario, principalmente en ciencias sociales y humanidades.

8560

- La consultoría educativa.
- Los servicios de orientación o asesoramiento educativo.
- Los servicios de auditoría de metodologías de evaluación.
- Los servicios de auditoría educativa.
- Los servicios de pruebas (exámenes) educativas.
- La organización de programas de intercambio de estudiantes.

²⁸ Contenido en el enlace del expediente digital identificado No. 52001233300020200098203270111270032.

²⁹ “Descripción de Actividades Económicas (Código CIU)”. Recuperado de: <http://linea.ccb.org.co/descripcionciuu>



7830

- La provisión de talento humano de forma permanente para el desarrollo de las actividades de los clientes.
- Las Unidades clasificadas en esta clase pueden desempeñar una amplia gama de funciones conexas de gestión de talento humano y se constituyen en los empleadores oficiales de los empleados en lo que respecta a la nómina, los impuestos y otros aspectos fiscales, pero no se encargan de la dirección de la supervisión del trabajo de los empleados.
- Otras actividades relacionadas con el empleo.

7810

- La actualización de listas de puestos vacantes y la remisión o colocación de solicitantes de empleo, cuando las personas remitidas o colocadas no son empleados de las agencias de gestión y colocación de empleo.
- La búsqueda, la selección y la ubicación de personal, incluyendo personal ejecutivo.
- Las actividades de agencias y oficinas de selección de actores (casting), por ejemplo, para obras de teatro, para modelaje, etcétera.
- Las agencias de gestión y colocación de empleo por internet.

Considerando lo expuesto, no cabe duda para esta Sala de que FENACON es una entidad sin ánimo de lucro, con personería jurídica, que no tiene entre su objeto social de forma expresa la realización de concursos de mérito o procesos de selección que la facultan para brindar la asesoría especializada que requiere la regulación que gobierna la elección de los personeros.

Por su parte, “Creamos Talentos” es un establecimiento de comercio, definido en el artículo 515 del Código de Comercio como *“un conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”*. En esa medida, es claro que no goza del atributo de personería jurídica y además, tampoco se dedica a llevar a cabo el tipo de procedimiento público que determina la designación de dichos funcionarios, cuya especialidad excede las actividades de intermediación laboral y colocación de personal relacionadas en las pruebas antes reseñadas.

Esta Sala tuvo la oportunidad de referirse en un proceso anterior³⁰, precisamente, a esas dos entidades, con la siguiente conclusión:

De lo anterior se colige que, como bien lo indicó el demandante – y hasta lo reconoció el a quo en su decisión de instancia –, la Federación Nacional de Concejos FENACON no tiene dentro de su objeto social, la actividad de llevar a cabo procesos de selección de personal. Aunado al hecho que, distinto a los señalamientos del Tribunal, la experiencia por haber adelantado otros concursos de méritos no supe la exigencia legal de la cualificación de especializada que debe predicarse respecto de quien pretende apoyar al cabildo con el desarrollo e implementación del concurso.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de marzo de 2021, Rad. 25000-23-41-000-2020-00409-01, MP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.



(...)

Por su parte, con relación al segundo participante que apoyó al Concejo Municipal de Girardot en la implementación del concurso de méritos, esto es, CREAMOS TALENTOS fue mencionada en el convenio de asociación como una entidad “con NIT 52072422-2 con MATRÍCULA MERCANTIL N°. 01227696 de 14 de noviembre de 2002, representada legalmente por la señora ÁNGELA MARÍA DUEÑAS GUTIÉRREZ, también mayor de edad, residente en Bogotá D.C., identificada con la cédula de ciudadanía 52.072.422 en su calidad de representante legal...”.

Dentro del expediente obra certificado de 14 de junio de 2019, el cual detalla sus actividades económicas como establecimiento de comercio son las correspondientes a las N°.s 7220, 7830 y la 7490, a saber:

N°. 7220: “Investigaciones y desarrollo experimental en el campo de las ciencias sociales y las humanidades:

(...)

Ahora bien, esta Magistratura encuentra que las actividades relacionadas con el suministro de recurso humano o agencias de empleo no pueden asimilarse a la realización de un concurso público y abierto de méritos, por cuanto, como bien lo indicó la Corte Constitucional en la ya mencionada sentencia C-105 de 2013, este requiere de la disposición y utilización de sofisticadas herramientas humanas, informáticas, administrativas y financieras.

Siendo así, se impone ratificar la valoración que ha hecho esta misma Sección acerca del objeto social y actividades económicas de los operadores contratados en el caso concreto por el Concejo de Mocoa, que no encuadran en la calidad de entidades especializadas en procesos de selección de personal que exige el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015. Por lo mismo, no cabe duda sobre la violación directa de este precepto en el *sub judice*, lo cual afecta la legalidad de la elección con la que culminó el proceso de selección que fue acompañado por FENACON y “Creamos Talentos”.

Adicionalmente, es indispensable advertir que, si bien el análisis de las condiciones de dichos operadores para realizar estos concursos de méritos se encuentra en una sentencia proferida en el año 2021, es decir, en una fecha posterior al acto de elección demandado en este asunto, lo cierto es que este precedente no surge de una construcción original de la Sala ni equivale a una nueva postura de la jurisprudencia. Antes bien, se trata de un requisito que prevé directamente la normatividad aplicable, en concreto, del mencionado artículo 2.2.27.1. del Decreto 1083 de 2015, cuando de forma expresa permite la realización de los concursos de méritos a través de “*entidades especializadas en procesos de selección de personal*”. A su vez, el operador jurídico debe llenar de contenido estos conceptos a partir de las disposiciones del derecho civil y comercial que definen la forma de acreditar las actividades económicas y comerciales de quienes las ejecutan.



Aunado a lo anterior, se trató en aquel caso y en el presente de aplicar los estándares generales que estipuló la Corte Constitucional para llevar a cabo estos concursos desde el año 2013:

No escapa a la Corte que los concejos pueden enfrentar limitaciones de diversa índole para llevar a cabo la tarea encomendada por el legislador. En efecto, **el concurso de méritos 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.**

No obstante, debe tenerse en cuenta que la previsión legislativa en torno al concurso, y las condiciones que de la jurisprudencia constitucional se derivan para el mismo, no implican que estas corporaciones tengan que ejecutar e intervenir directa y materialmente en los concursos y en cada una de sus etapas, sino que estas entidades tienen la responsabilidad de dirigirlos y conducirlos. Es decir deben trazar los lineamientos generales del procedimiento, pero **pueden entregar su realización parcial a terceras instancias que cuenten con las herramientas humanas y técnicas para este efecto.** Así por ejemplo, pueden realizar convenios con organismos especializados técnicos e independientes dentro de la propia Administración Pública, para que sean éstos quienes materialicen estas directrices bajo su supervisión, tal como ha ocurrido con los concursos realizados por la ESAP. Podrían, incluso, organizarse pruebas de oposición de manera simultánea para varios municipios de un mismo departamento que se encuentren dentro de la misma categoría, y unificarse los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional, y centralizar su evaluación en una única instancia. En este contexto, la Procuraduría General de la Nación podría intervenir en la vigilancia de los concursos, pero no sustituir a los propios concejos³¹ (Negrillas adicionales).

Sobre estos lineamientos, esta Sección también ha venido perfilando su jurisprudencia acerca de la posibilidad que tienen los concejos municipales y distritales de celebrar convenios y contratos para realizar los procesos de selección de los personeros, a través de entidades especializadas en esta materia³². De manera que la elaboración de la postura expuesta en la presente providencia y en otras que se han ocupado recientemente del mismo asunto se centra en operadores determinados, cuyas características han permitido concretar los presupuestos para

³¹ Corte Constitucional, sentencia C-105 de 2013.

³² Ver, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencias de 23 de marzo de 2017, Rad. 25000-23-41-000-2016-00219-01, MP. Rocío Araújo Oñate y 18 de julio de 2019, Rad. 73001-23-33-000-2018-00204-03, MP. Rocío Araújo Oñate.



desarrollar estos concursos de méritos, en las condiciones de idoneidad que demanda la ley y que ha definido la jurisprudencia constitucional de tiempo atrás.

De otra parte, frente al argumento del apelante sobre el derecho adquirido de su defendido por haber ocupado el primer puesto en la lista de elegibles del concurso de méritos y su confianza legítima en la actuación del Concejo de Mocoa, basta señalar que la legalidad de ese acto de elección está determinada por el respeto a las normas que regulan el proceso y las formas propias del trámite correspondiente, las cuales fueron soslayadas en este caso, según se explicó, debido al perfil de los operadores contratados para asesorar la actuación.

Además, por encima de los derechos que pudiera tener el elegido, se encuentra el interés general, que justifica la nulidad del acto proferido al margen de la normatividad aplicable y la corrección de los vicios que se acrediten. De tal suerte que los derechos adquiridos son susceptibles de ser controlados por el juez, quien puede, en el ámbito de su competencia, valorar tal connotación cuando resultan de la expedición irregular del acto administrativo que los declara o reconoce.

De acuerdo con lo discurrido, habrá de confirmarse la sentencia apelada, pues se demostró que la elección del demandado resultó de un concurso de méritos que fue contratado con operadores que no responden a las calidades previstas en el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015.

4.4. Cuestiones adjetivas propuestas por el apelante

Por último, se observa que el apelante reforzó sus cuestionamientos al fallo de primera instancia con fundamento en (i) la inexistencia del acto de elección, (ii) el término constitucional para decidir el contencioso de nulidad electoral, (iii) la “aplicación retroactiva” del precedente y (iv) la modulación de los efectos del fallo que accede a la pretensión anulatoria de una elección o nombramiento.

Sobre el primer aspecto, se observa que la discusión sobre el acto que contiene la elección del personero fue propuesta por el propio demandado en la contestación de la demanda, a título de excepción, denominada “indebida identificación del acto administrativo de nombramiento”. Allí advirtió que el acto de elección del señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez como personero de Mocoa no lo fue la Resolución 011 del 25 de febrero de 2020, sino la sesión de esa misma fecha, *“en la que se materializaron no solo los resultados de la lista de elegibles, sino también la voluntad de la mayoría de los cabildantes”*.

A su turno, el magistrado ponente en el Tribunal Administrativo de Nariño resolvió mediante auto de 26 de enero de 2021 *“declarar no configurada”* tal excepción, previa verificación de que la citada Resolución 011 protocolizó la elección del



personero y fue el documento que, en efecto, remitió el Consejo de Mocoa en respuesta al requerimiento de envío del acto que declaró la elección.

En tales condiciones, es evidente que el apelante propone en el recurso de alzada un punto de derecho, de orden procesal, que ya fue estudiado y zanjado en el momento procesal correspondiente, referido al acto que contiene la elección impugnada, lo cual releva al *ad quem* de pronunciarse nuevamente sobre el mismo.

En lo que atañe al término constitucional para decidir el contencioso electoral, previsto en el parágrafo del artículo 264 de la Constitución Política, se recuerda que esta Sala ha advertido³³ que este precepto no estableció ninguna consecuencia jurídica para los casos en que la decisión de un proceso de esa naturaleza se adopte con posterioridad a un (1) año, para aquellos de dos instancias, o en seis (6) meses, tratándose de los que se surten en una sola instancia. Tampoco se encuentra esta circunstancia prevista en la ley procesal como causal de pérdida de competencia.

Por consiguiente, no es posible por este motivo despojar de su función al juez electoral, quien, por el contrario, está en el deber de decidir de fondo los procesos que se encuentran a su cargo, con respeto a las formas propias previstas en la ley.

En cuanto a la aplicación retroactiva del precedente, se observa que la sentencia mencionada por el apelante, es decir, la proferida por esta Sección el 4 de marzo de 2021, Rad. 2020-00409, en realidad no fue la invocada por el Tribunal de instancia para sustentar su decisión, sino que se trató de aquella dictada el 29 de abril de 2021 dentro del Rad. 2020-00480.

En cualquier caso, como se indicó previamente, estas decisiones están sustentadas en el tenor literal del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, que identifica a las entidades habilitadas para llevar a cabo los concursos de mérito de personeros, particularmente, aquellas especializadas en procesos de selección de personal.

Además, según se advirtió en el acápite anterior, ambas providencias parten de los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia y recogen la postura que ya venía siendo estructurada por la Sala con relación a la idoneidad de las entidades especializadas en procesos de selección de personal, a partir de lo descrito en su objeto social, sólo que en este y aquellos casos el análisis estuvo referido en particular a FENACON y “Creamos Talentos”.

³³ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 25 de septiembre de 2017, Rad. 25000-23-41-000-2015-02491-01, MP. Rocío Araújo Oñate. Ver, además, Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012,



Sumado a lo anterior, no es cierto, como lo afirma el apelante, que el Tribunal ignorara la tesis de esta Sección sobre la posibilidad de que los concejos adelanten el concurso de méritos para elegir al personero, apoyándose en terceros únicamente para la realización de pruebas. Por el contrario, se observa que la sentencia recurrida, al exponer el marco conceptual de estos procesos de selección, advirtió esta posibilidad, *“toda vez que el Concejo Municipal no es especializado en la selección de personal para otra entidad”*, solo que, en lugar de apoyarse en la sentencia mencionada por la parte demandada, esto es, aquella proferida por esta Sala el 4 de mayo de 2017, Rad. 25000-23-41-000-2016-00404-01, hizo referencia a la del 29 de abril de 2021, correspondiente al proceso Rad. 2020-00480.

Finalmente, frente a la modulación de los efectos del fallo, es pertinente traer a colación lo dicho por el Ministerio Público en este caso, con respaldo en la sentencia de unificación del 26 de mayo de 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, Rad. 11001-03-28-000-2015-00029-00. En tal sentido, cuando el juez electoral guarda silencio frente a los efectos del fallo que declara la nulidad de la elección que es producto de un proceso de selección o concurso, la entidad competente queda en libertad de decidir si rehace todo o parte del trámite, teniendo en cuenta si en el caso se identificó la etapa en la cual se concretó la irregularidad y si no se afectan derechos adquiridos a las personas involucradas.

En conclusión, ante la prosperidad del cargo relacionado con la violación del artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015, que se traduce en la falta de idoneidad de los operadores contratados por el Concejo de Mocoa para apoyar el concurso de méritos por el cual resultó elegido el demandado, se confirmará el fallo apelado, que declaró la nulidad de dicha elección.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021 por el Tribunal Administrativo de Nariño, que declaró la nulidad de la elección del señor Oscar Arturo Hernández Ordoñez como personero de Mocoa para el periodo comprendido entre el 1º de marzo de 2020 y el 29 de febrero de 2024, conforme a la Resolución 011 del 25 de febrero de 2020 del Concejo Municipal, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.



Radicado: 52001-23-33-000-2020-00982-03
Demandante: José Luis Martínez Guerrero

SEGUNDO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra esta decisión no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PEDRO PABLO VANEGAS GIL
Presidente

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Magistrado

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