



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, catorce (14) de agosto de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: NULIDAD ELECTORAL
Radicación No: 15001 3333 012 2020 0032 00
Demandante: OSCAR GERMAN BAYONA DAZA
Demandado: CONCEJO MUNICIPAL DE TOCA Y JULIO HEIBER MORENO MORENO

Procede el Despacho a pronunciarse acerca de la admisibilidad de la demanda, una vez presentado el escrito de subsanación, y de haber resuelto el desistimiento parcial solicitado, así como el recurso de reposición instaurado por el demandante; igualmente procede a estudiar la viabilidad de la medida cautelar solicitada por la demandante, como quiera que feneció el término del trasladado concedido para el efecto.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

I. DE LA ADMISIÓN

Observa el Despacho que la demanda cumple con los presupuestos exigidos que se estudiarán a continuación.

1. Naturaleza del medio de control.

En ejercicio del medio de control de Nulidad Electoral, consagrado en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el señor ÓSCAR GERMÁN BAYONA DAZA a través de apoderado, solicitó la declaratoria de la nulidad del Acta de Sesión extraordinaria No. 003 del 10 de Julio de 2020 emitida por el Concejo Municipal de Toca en la cual fue elegido **JULIO HEIBER MORENO MORENO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.333.654, como Personero Municipal, para el periodo 2020-2024, por encontrarse en causal de inhabilidad de que trata el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se declare la nulidad del acta No. 039 de fecha 8 de febrero de 2020, por medio del cual, el señor JULIO HEIBER MORENO MORENO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.333.654, tomó posesión del cargo de Personero Municipal de Toca, por estar incurso en la causal de inhabilidad de que trata el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

2. Presupuestos del medio de control.

2.1. De la competencia.

Conforme el artículo 277 inciso final del CPACA, en concordancia con el

numeral 9 del artículo 155 *ibídem*, es competente este Despacho en **PRIMERA INSTANCIA** para decidir lo concerniente con la admisibilidad de la demanda de Nulidad Electoral propuesta en esta oportunidad, así como la solicitud de suspensión provisional de los actos mediante los cuales el Concejo Municipal de Toca establece la lista de elegibles y nombra a la Personera del Municipio de Toca que acompaña el libelo de la demanda.

2.2. De la legitimación para demandar y de la representación judicial.

Interpuso la demanda de Nulidad Electoral, el señor ÓSCAR GERMÁN BAYONA DAZA, a través de apoderado judicial, esto es a través del abogado JORGE REINALDO MANCIPE TORRES, conforme se advierte en memorial de fecha 20 de febrero de 2020, motivo por el cual el Despacho procederá a reconocerle personería al abogado en mención, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 80.412.027 de Bogotá y T.P.No. 89.953 del C. S de la J, para que actúe como apoderado de la parte actora en el proceso de la referencia, en los términos y para los efectos establecidos en el poder visto a folio 30 del expediente.

2.3. De la caducidad.

El artículo 164 del numeral 2 literal a) del C.P.A.C.A., prevé:

"...Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandarse contará a partir del día siguiente a la confirmación."

Teniendo en cuenta que en el caso bajo estudio se tiene un término de 30 días para presentar la Nulidad Electoral, y el 10 de enero de 2020 fue realizada la publicación del acto de elección y nombramiento acusado, este término se contará desde el día hábil siguiente a la publicación, es decir, a partir del 13 de enero de 2020, razón por la cual el plazo para presentar la Nulidad Electoral vencía el 21 de febrero de 2020. Conforme lo anterior, el presente medio de control fue presentado en oportunidad, dado que su radicación data del 20 de febrero de 2020 (fl. 101).

3. Del contenido de la demanda y sus anexos.

Se cumple en este caso, con los presupuestos requeridos por el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, siendo: designación de las partes y de sus representantes, lo que se pretende, los hechos u omisiones que sirven de fundamento de las pretensiones, los fundamentos de derecho, las normas violadas y concepto de violación, así como la petición de pruebas y las direcciones de notificación.

De otra parte, se anexa poder debidamente conferido y copias de la demanda y sus anexos para la notificación de las partes, en cumplimiento del artículo 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

¹ Artículo aplicable para el asunto de la referencia

3.1. De la designación de las partes.

Examinando el libelo demandatorio originario (fls. 1), se observa que la demanda de Nulidad Electoral estaba dirigida contra: el Municipio de Toca y el Concejo Municipal de Toca; sin embargo vista la subsanación de la misma, la nueva designación de las partes se dirige en contra del Concejo Municipal de Toca y el señor Julio Heiber Moreno Moreno.

En razón a que el presente asunto se trata de la elección o nombramiento para un cargo unipersonal, este Despacho admitirá la presente demanda de Nulidad Electoral promovida por el demandante contra el **Concejo Municipal de Toca** como entidad que expidió el acto de nombramiento del Personero Municipal de Toca, habilitada por mandato legal para comparecer en el proceso, pese a que no cuenta con personería jurídica; y contra el señor **Julio Heiber Moreno Moreno**, como persona natural que resultó elegida para ocupar el mencionado cargo, asistiéndole un interés directo en el resultado del proceso.

3.2. De las pretensiones.

Invocó como pretensiones² de acuerdo con el objeto del proceso de Nulidad Electoral, las siguientes:

"Primera: Que se declare la Nulidad del Acta de Sesión Extraordinaria No. 003 del 10 de 2020 del Concejo Municipal de Toca, en la cual se eligió a JULIO HEIBER MORENO MORENO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.333.654, como Personero Municipal, para el periodo 2020-2024, por encontrarse en causal de inhabilidad de que trata el literal f del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Segunda: Como Consecuencia de lo anterior, solicito a su Honorable Despacho, proceda a declarar la nulidad del acta No. 039 de fecha 8 de febrero de 2020, por medio del cual, el señor JULIO HEIBER MORENO MORENO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 74.333.654, tomo (sic) posesión del cargo de Personero Municipal de Toca, al estar incurso en la causal de inhabilidad de que trata el literal f del artículo 174 de la Ley 136 de 1994."

3.2.1. Asunto susceptible de control judicial

De acuerdo a lo anterior, las pretensiones formuladas son claras y precisas, no obstante, respecto de las mismas deberá realizarse la siguiente observación:

Los actos administrativos susceptibles de control judicial a través del medio de control de Nulidad Electoral, han sido analizados en repetidas oportunidades por el Consejo de Estado, concluyendo que los mismos son únicamente los siguientes:

"En tratándose de la nulidad electoral, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, únicamente serán demandables: i) los actos de elección por voto popular, ii) los actos de elección de cuerpos electorales, iii) los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y, iv) los actos de

² Téngase presente las indicadas en el escrito de subsanación, y el desistimiento aceptado de la pretensión tercera

*llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*³

3.3. De los hechos y omisiones

A folios 1 a 7 del expediente, se encuentran enumerados y enlistados los fundamentos fácticos en los cuales la parte actora pretende soportar las súplicas de la demanda que instauró.

3.4. De los fundamentos de derecho

Se encuentran consagradas o citadas las normas violadas junto con el concepto de violación que desarrolla la parte demandante de folio 7 a 25 del expediente.

No se avizora que se acumulen de manera indebida causales de nulidad objetiva y subjetiva, según lo señalado en el artículo 281 del CPACA.

3.5. De las pruebas que pretende hacer valer

Relaciona las pruebas que aporta con la demanda, así mismo solicita sean decretadas pruebas documentales visibles a folios 25 a 27 del expediente.

3.6. Notificación de las partes procesales y dirección electrónica

Por último, aporta la parte actora su dirección física y electrónica donde recibe notificaciones, así mismo suministró la dirección de las partes procesales (fl. 29).

Verificada de esta manera la génesis de la demandada incoada por el actor, se observa que cumple los requisitos formales previstos en el artículo 162 y 166 del CPACA, por ello, se procederá a su admisibilidad.

II. DE LA MEDIDA CAUTELAR

1. De la solicitud

El demandante, en escrito separado y dentro del escrito de la demanda en el acápite denominado "**IV. MEDIDA CAUTELAR**", solicitó como medida cautelar la suspensión provisional el **acta de sesión Extraordinaria No. 003 del 10 de enero de 2019**, en la cual se eligió a JULIO HEIBER MORENO MORENO como Personero Municipal de Toca para el periodo 2020-2024.

Para sustentar la medida cautelar invocó los **cargos de nulidad** que le sirvieron de argumento para la presente demanda; y señaló que a partir de las normas citadas, se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) que dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y ; (iii) que dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.

³ C ONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA. Sentencia del 6 de marzo de 2012, Rad. 11001-03-28-000-2011-00003-00 (I), C .P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

Indicó como **normas presuntamente violadas de orden constitucional:** los artículos 2, 6, 29, 83, 122, 124 y 209, 313 y **de orden legal:** los artículos 36, 170 y literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y los artículos 35 y s.s. de la Ley 1551 de 2012, Título 27 del Decreto 1083 de 2015.

Sostuvo que la transgresión a las normas superiores y legales se centra en el hecho de que el señor JULIO HEIBER MORENO MORENO, fue elegido Personero municipal, por el Concejo Municipal tal como consta en el acta de sesión extraordinaria No. 003 del 10 de enero de 2020, **de forma irregular**, ya que según el demandante se encontraba inhábil, porque para el año 2019, su hermano YIMMY ALEJANDRO MORENO MORENO, era Concejal y miembro de la Mesa Directiva como Primer Vicepresidente, y adelantó directamente, el 90% del Concurso Público y Abierto para proveer el cargo de Personero del Municipio de Toca.

Soportó su argumento en que la Corte Constitucional, indicó que ese 90% corresponde a un carácter objetivo y por ende, se violan principios de la Función Pública, como la moralidad, la economía, imparcialidad y los criterios que rigen el Concurso Público y Abierto de Méritos, tales como la objetividad, transparencia, imparcialidad, esto porque, el Concejal Yimmy Moreno, contaba con información privilegiada sobre todo el concurso incluyendo las pruebas de conocimientos y comportamentales, al igual que sobre la formación académica y el análisis de antecedentes de todos los aspirantes incluido los de su hermano.

Adicionó a lo anterior, que por ser miembro del Concejo Municipal de Toca, tuvo la conducción, dirección y supervisión de la Mesa Directiva, en la cual tenía una curul, así como la responsabilidad de corroborar las calidades y requisitos de los aspirantes y la verificación del régimen de inhabilidades del Concejo Municipal tanto del 2016-2019 como de los electos para el periodo 2020-2024.

Señaló que dicha inhabilidad encuentra sustento en el hecho de que el aspirante JULIO MORENO y el Concejal y miembro de la Mesa Directiva YIMMY MORENO, tienen vínculos de consanguinidad en segundo grado, por ser hermanos, por tanto, el aspirante estando inmerso en la inhabilidad de que trata el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, y sobre la cual todos tenían conocimiento.

Refirió que mediante repuesta de fecha 14 de enero de 2020, dada por el Concejo Municipal, respecto de escrito radicado por el actor el 4 de enero de 2020, demostró el completo desconocimiento del ordenamiento legal, de sus funciones y de sus deberes y responsabilidades por parte del Concejo Municipal, lo que se traduce en **violación a las normas superiores y de orden legal** y, en consecuencia, en **una desviación de poder**.

Insistió en que existió desviación de poder al elegir a JULIO MORENO, al incluirlo en la lista de elegibles en lugar de excluirlo del Concurso, y al elegirlo irregularmente, a sabiendas de la inhabilidad que recaía sobre él, pues nunca se sometió a consideración de la plenaria, o se realizó análisis o estudio alguno sobre dicha inhabilidad, y que llega al punto de existir tal causal en la Mesa Directiva y el Concejo Municipal 2016-2019, **por permisión**.

Añadió que se vulneró igualmente el principio de Legalidad y del debido proceso, pues **actuaron en contravía de las disposiciones constitucionales y legales**, así como de la norma reguladora del concurso - Resolución 033 de 2019.

2. Del trámite de la medida cautelar.

Por medio de auto del 05 de marzo de 2020, el Despacho se dispuso el traslado de la medida cautelar al presidente del Concejo Municipal de Toca y a Julio Heiber Moreno Moreno para que en el término de 5 días siguientes a la notificación de dicha providencia se pronunciaran al respecto (fls. 101 y vto.).

2.1. Traslado de la medida cautelar.

.- Del Señor Julio Heiber Moreno Moreno:

Quien funge como actual Personero Municipal, elegido para el periodo 2020-2024 a través de apoderado, refirió que la solicitud de medida cautelar no se puede extender a otros actos administrativos, distintos a los indicados por el demandante, y que en este caso, solo lo fue contra el acta de sesión extraordinaria No. 003 del 10 de enero de 2019 y no contra el acto que estableció y publicó la lista de elegibles.

Luego de traer a colación los argumentos normativos y jurisprudenciales para considerar una medida cautelar, concluyó que el problema jurídico a resolver en este asunto, es, si se encontraba incurso de inhabilidad conforme la causal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, para ser elegido personero Municipal de Toca, el señor Julio Heiber Moreno Moreno, por haber sido su hermano YIMMY ALEJANDRO MORENO MORENO, concejal de dicho municipio hasta el 31 de diciembre de 2019 y miembro de la Mesa Directiva del mismo, en el último año, y haberse realizado el 90% del concurso público, abierto y de méritos, para proveer el cargo de Personero Municipal de Toca para el periodo 2020-2024, durante el tiempo que el mismo permaneció como concejal?

Para desatar dicho problema jurídico trajo las normas que rigen la elección de personero municipal, para considerar que al momento de su "elección" no se encontraba incurso en la causal invocada, pues la misma acontece dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año en que inicia el periodo constitucional, y que para el caso en estudio, ocurrió el 10 de enero de 2020.

Que si bien, previo a la elección, debe haberse realizado un concurso de méritos con el propósito de establecer una lista de elegibles, lo cierto es que, la elección no es una etapa de dicho concurso, y por tanto, la causal aducida, esto es, el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, se predica para el momento de la elección, y no para el momento de la inscripción o la participación de la sección del concurso. Dejando en claro que dicha inhabilidad no se puede extender a los concejales salientes, habida cuenta que al momento de ser elegido personero su pariente no se desempeñaba en el cargo.

Sostuvo igualmente, que en gracia de discusión, no se encuentra acredita la

forma en qué de manera activa haya intervenido el señor Yimmy Alejandro Moreno, en el concurso de mérito, pues no resulta ser más que calumniosa e injuriosa la afirmación que se hace, de que éste contaba con " *información privilegiada sobre todo el concurso incluyendo las pruebas de conocimiento y comportamentales, al igual que sobre la formación académica y el análisis de antecedentes de todos los aspirantes incluidos los de su hermano*", lo cual carece de sustento probatorio.

.- Del Concejo Municipal de Toca

Afirmó la Corporación Edilicia que si bien es cierto el señor Yimmy Moreno es hermano del señor Julio Moreno, también lo es que el primero fue Concejal Municipal hasta el año 2019, y su participación en el proceso de elección solo llegó hasta la convocatoria de la entidad para adelantar dicho proceso, y por tanto, la elección del personero solo se llevó a cabo con nuevos integrantes del Concejo Municipal, en donde no participó el Señor Yimmy Moreno.

Se aseveró que la causal específica de inhabilidad recae sobre los concejales que intervienen en la elección del Personero, y por tanto, es un error pensar que la misma recae para la fase de convocatoria.

De otra parte, se sostuvo que la causal de inhabilidad recae sobre el concejal, no sobre el participante del concurso, pues se configura cuando el presupuesto de "elección" se encuentra dentro de los elementos fácticos del proceso, por tanto, que siempre que el Concejal no participe en la elección del candidato, no se configure la causal de inhabilidad.

Como sustento de su defensa, trajo a colación un concepto emitido por el Departamento de la función Pública, con radicado No. 20196000128811, que señala el propósito de la causal contenida en el literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Para el efecto, concluyó que la causal no se predica para un término determinado, sino al momento en que se designa al personero municipal.

De igual manera, se refirió al artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, por el cual se hace referencia a la fase de elección de personero municipal, la cual es independiente y posterior a la fase del concurso público, siendo claro que la causal recae exclusivamente en la segunda etapa.

3. Resolución de la medida cautelar

Teniendo como punto de partida los motivos sustentados por el demandante para soportar la medida cautelar que solicita, se observan que son tres las causales de nulidad a tener en cuenta para considerar que el acto demandado debe ser suspendido provisionalmente, así:

- i)** Infracción de normas
- ii)** Expedición irregular
- iii)** Desviación de poder

Así las cosas, lo primero por mencionar es que conforme con el artículo 229

del CPACA, las medidas cautelares buscan proteger el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, sin que implique un prejuzgamiento por parte del juez. El artículo 230 *ibídem* señala que estas medidas podrán tener el carácter de preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Frente a las medidas de suspensión, se debe señalar que su adopción encuentra fundamento en el artículo 238 Superior, disposición que establece que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo puede suspender provisionalmente por los motivos y con los requisitos que establezca la Ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de imputación por vía judicial.

La Ley 1437 de 2011, en el artículo 231, por su parte señala los requisitos especiales atendiendo el tipo de medida cautelar que se solicite. En esa medida, para la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, se establece una diferenciación atendiendo si en la demanda se pretende únicamente la nulidad del acto administrativo, para lo cual solo debe acreditarse la violación de las normas superiores, o si se pretende además de la nulidad el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios, por lo que se deberán probar los siguientes requisitos:

"ARTÍCULO 231. REQUISITOS PARA DECRETAR LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Quando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos."

Al respecto, el Consejo de Estado, Sección Quinta, en Auto 11001-03-28-000- 2018-00627-00 del 07 de febrero de 2019, con ponencia de la Dra. Rocío Araújo Oñate, estableció lo siguiente:

"3.1.3. *Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes términos:*

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

3.1.4. *Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 ídem establece una regla específica respecto de la suspensión provisional, con el siguiente tenor:*

"Artículo 277.- *En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación..."*

3.1.5. *A partir de las normas citadas, se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y; (iii) dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda⁴.*

3.1.6. *De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez en la correspondiente admisión de la demanda.*

3.1.7. *Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados a esta etapa del proceso, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento."*

Bajo el precepto jurisprudencial y legal precitado, se pasa a continuación al siguiente análisis, conforme los argumentos propuesto para la suspensión provisional:

Primer cargo: - De la Infracción de normas.

En este punto, se itera, se enunciaron como vulneradas las siguientes disposiciones:

- Artículos 2, 6, 29, 122, 124 y 209 Superior
- Artículos 36, 170 y literal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994; artículo 35 y s.s. de la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 1083 de 2015 Título 27.

De las normas superiores.

Como fines esenciales del Estado, entre otros, se encuentra la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en tal sentido las autoridades de la República, están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, asegurando el cumplimiento de los deberes sociales del Estado; de manera que la responsabilidad cubre tanto a particulares como a servidores públicos, más respecto de estos últimos, ya que deben responder no solo por la infracción de la Constitución y la Ley sino además por omisión o extralimitación de funciones (artículo 2 y 6).

En tratándose del artículo 29 de la Constitucional, se dispone que el debido proceso exige su aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, lo que constituye una garantía en aquellas surtidas contra los particulares.

Por su parte, el artículo 122 establece regla general aplicable para el servicio público, entre otras las de ejercer el cargo bajo el juramento de cumplir la Constitución y desempeñar los deberes que le incumbe; y finalmente, el artículo 124 ibídem determina que la ley consigna la responsabilidad que debe recaer en los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

De igual manera, el artículo 209 superior, contempla la observancia de

⁴ Corte Constitucional, expediente T- 7.055.240, M.P., 6 de mayo de 2019.

principios tales como moralidad, economía e imparcialidad, que le impone a las autoridades una gestión objetiva.

Así pues, de las normas en cita, esgrimidas por el demandante para sustentar sus argumentos de suspensión, se dirá por el Despacho que no pueden ser estudiadas de manera independiente o autónomas, pues la vulneración que se predica se encuentra íntimamente ligada a la presunta vulneración de una causal de inhabilidad consagrada en la Ley 136 de 1994; por tanto, es necesario concluir en este aspecto, que se deja el análisis integral de todas ellas, para el momento de realizar los señalamientos propios de la norma que incumbe la inhabilidad.

De las normas legales

Infiere la parte demandante que el Concejo Municipal de Toca vigente hasta el año 2019 no atendió el régimen de inhabilidades para considerar excluido del concurso al señor Julio Heiber Moreno Moreno, pues éste se encontraba incurso en la causal f) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994⁵; y que tampoco lo hizo el Concejo actual, cuando se puso de presente la situación, aduciendo sin responsabilidad que aquél no estaba inhábil.

La anterior causal, se sustenta en la medida que fungió como concejal municipal hasta diciembre de 2019, un pariente en segundo grado, esto es, un hermano, del señor Oscar Moreno, y que todos los involucrados fueron permisivos en la situación, pues durante el proceso de selección, se generó la inhabilidad, sin que se actuará conforme los principios del Estado Social de Derecho y que se anunciaron como vulnerados.

Para el efecto, el artículo en referencia, consagra:

"ARTÍCULO 174. INHABILIDADES. No podrá ser elegido personero quien:

...
f) Sea pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental;

De conformidad con la norma en cita, **no podrá ser elegido** personero quien sea pariente dentro del **cuarto grado de consanguinidad**, segundo de afinidad o primero civil o tenga vínculos por matrimonio o unión permanente con los concejales que intervienen en su elección, con el alcalde o con el procurador departamental.

Al respecto encuentra esta instancia, que el demandante afirmó que el señor Julio Heiber Moreno Moreno, actual personero y el señor Yimmy Moreno Moreno, tienen segundo grado de consanguinidad; no obstante, no trajo la prueba idónea, como lo es el registro civil de nacimiento, aduciendo que a pesar de hacerla solicitado, hasta el momento de la interposición de la demanda, no había obtenido respuesta de la entidad respectiva.

⁵ el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000 y el inciso tercero del artículo 1º de la Ley 821 de 2003, establecen como inhabilidad para ser elegido Personero el hecho de que el aspirante se encuentre dentro del cuarto grado de consanguinidad con los

En ese sentido, cabe precisar que de conformidad con el Decreto 1260 de 1970, no puede suplirse con la presentación de otro documento, el registro civil de nacimiento como prueba del parentesco, y por tanto, desde ya tiene cabida señalar que NO existe plena prueba que acredite la vulneración alegada, y por tanto, bajo este argumento analizado, la medida solicitada no puede prosperar.

En otras palabras se dirá, que las causales de inhabilidad, tal como lo ha reseñado la Jurisprudencia del Consejo de Estado⁶, entrañan en sí mismas una restricción al derecho constitucional que tiene todo ciudadano de ser elegido para el desempeño de cargos de representación popular, por lo cual su consagración debe ser expresa y su interpretación restrictiva, lo cual significa que su aplicación siempre debe ajustarse a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.

La causal de inhabilidad invocada en este proceso por el actor, persigue como objetivo primordial garantizar la efectividad de los principios de moralidad, transparencia e igualdad en las actuaciones frente a la administración y evitar, que la cercanía sea por parentesco o afinidad, entre otros, con personas que ejerzan determinados cargos públicos a nivel local, se puedan aprovechar de las circunstancias, y salgan avantes en el acceso a cargos públicos.

En ese contexto, para que se pueda estudiar dentro del *sub lite* la causal de inhabilidad referida tantas veces, debe acreditarse como primer presupuesto la calidad de personero del demandado, lo cual se echa de menos y demostrarse su parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con quien asegura estuvo inmerso en la elección de dicho cargo, esto es, con el señor Yimmy Moreno Moreno, lo cual tampoco está acreditado. Siendo así, no es permisible en esta etapa procesal, analizar los subsiguientes presupuestos de la causal invocada.

De otra parte, asegura la parte demandante, que el hermano del señor Julio Moreno Moreno, fungió como Concejal de Toca, hasta el año 2019, y que conoció y emitió la convocatoria para personero municipal periodo 2020-2024, como quiera que actuó como miembro de la Mesa Directiva del Concejo Municipal a través de la expedición de la Resolución 33 de 2019, por el cual se convocó al concurso de mérito para proveer el cargo de Personero; no obstante lo anterior, observa esta instancia que también participó la empresa SOLUCIONES PLANIFICADA GES, sin que se tenga certeza en este momento, cuál fue la forma de participación y los procesos, fases o etapas en las que participó dentro del concurso, teniendo en cuenta que sus obligaciones se circunscriben **únicamente** a lo regulado en el acuerdo de voluntades suscrito entre las dos entidades; por tanto, no es claro, si en efecto, tan solo fue como lo sostiene el demandante, una mera asesoría o apoyo en la realización del concurso que realizaba directamente el Concejo Municipal; o por el contrario, si dicha empresa privada, surtió todo el proceso que competía para proveer el cargo de personero, esto sin intervención de la corporación. De esta manera entonces, se hace nugataria la certeza de la situación fáctica aducida por el demandante.

⁶ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION PRIMERA Consejera ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA Bogotá, D.C., cuatro (4) de mayo de dos mil once (2011) Radicación número: 68001-23-31-000-2010-00713-01(PI)

Dicho de otra manera, no existe prueba documental que permita acreditar o que desvirtúe que el Concejo de Toca se hubiese desligado o no por completo del proceso de selección del personero. En ese sentido, la Corte Constitucional ha manifestado que:

*"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 (concejos municipales) 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."*⁷

De otra parte, se trae a colación los argumentos utilizados por el Concejo Municipal y el señor Julio Moreno Moreno, en el entendido de señalar que no existe inhabilidad, porque esta se constituye para el momento de la "elección" y no antes, para señalar que las modificaciones introducidas al procedimiento para la elección del personero si bien eliminaron la facultad discrecional del Concejo Municipal al imponer la realización de un proceso público y previo de méritos con el fin promover el logro de los fines estatales, garantizar el acceso a la función pública y asegurar los principios de igualdad y transparencia en la actuación del Estado⁸, **también lo es que la responsabilidad derivada de dicha función electoral sigue radicada en cabeza de sus miembros**, pues es claro que la realización del concurso se lleva a cabo bajo su dirección, supervisión y conducción y **en últimas son ellos quienes eligen** al candidato para ocupar el cargo.

Al respecto el Consejo de Estado señaló:

*"A partir de dicha preceptiva, la elección del personero dejó de estar al arbitrio del concejo municipal, quien en todo caso conservó sus facultades de nominación, pero ya no sujeto a los vaivenes del amplio margen de liberalidad que le confería el ordenamiento jurídico, sino por medio de la realización de un procedimiento objetivo y reglado, que tiene el mérito por criterio orientador, aunque, en todo caso, no despoja a dicha corporación pública de todo su poder de configuración eleccionaria"*⁹ (La Salasubraya).

Así, la elección del personero a través de un procedimiento objetivo denominado concurso público de méritos y regulado por la ley, si bien constituye un criterio orientador no elimina la facultad nominadora del Concejo Municipal. En tal virtud, el concurso público de méritos constituye un medio para el logro de los fines de la función pública pero no suple ni elimina el deber de las corporaciones públicas de dar cumplimiento a las normas constitucionales y legales vigentes como aquellas que regulan el régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio del cargo¹⁰.

En esa medida, para desatar la anterior circunstancia es necesario el contraste de más elementos de prueba y convicción que no encuentran en esta etapa

⁷ Sentencia C-105 de 2013.

⁸ Corte Constitucional Sentencia C-105 de 2013

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 1 de diciembre de 2016 (Rad. 73001-23-33-000-2016-00079-03)

¹⁰ En este sentido la Sección Quinta de esta Corporación señaló que con la expedición de la Ley 1551 de 2012 si bien modificó el régimen de elección de los personeros, no por ello derogó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Ibidem

procesal, debiendo concluirse entonces, que no se hacen evidentes las infracciones señaladas por la parte demandante,

Ahora bien, frente al Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015, "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*", y pese a que el accionante no enfatizó en qué consistía la supuesta vulneración respecto a la norma citada anteriormente, este Despacho analizó las etapas que se ventilaron y se superaron dentro de la convocatoria para el cargo de Personero Municipal de Toca, sin que se puede concluir a esta altura procesal que el concejo haya omitido sus deberes, o que el proceso no se hubiese atendido con criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad y publicidad, motivo por el cual se decantará este cargo sin prosperidad.

Segundo cargo: De la Expedición irregular

En éste cargo de suspensión provisional, se señalaron los mismo argumentos esgrimidos en el primer cargo, en tal sentido, esta Despacho se atenderá a lo dispuesto en el mismo, atendiendo a que no especificó en qué consistía esta transgresión, sin embargo se deduce de los argumentos utilizados para el cargo precitado, atinente al debido proceso.

Tercer cargo: Del concurso de méritos y la desviación de poder

El demandante pretende sustentar argumentativamente que, la ocurrencia en el nombramiento del señor Julio Heiber Moreno Moreno en la personería de Toca, se debió a móviles de parentesco, que lo favorecieron, y por tanto, que dicha permisibilidad se encausa en una desviación de poder, consistente en que el funcionario expide el acto con un fin diferente al establecido por la ley, ya que por el contrario se persiguen intereses personales o políticos, ajenos al buen servicio, por lo que le corresponde al demandante probar de manera fehaciente, con el fin de buscar convicción plena, que el acto obedeció a razones diferentes al buen servicio o a su mejoramiento.

La jurisprudencia del Consejo de Estado de manera cuidadosa, ha hecho énfasis en la dificultad probatoria que representa la apariencia externa de legalidad con que las actuaciones administrativas viciadas de desviación de poder nacen a la vida jurídica, lo que no exime por supuesto al Juzgador de tener las pruebas necesarias "*que no dejen la más mínima duda de que al expedir el acto controvertido el agente de la administración que lo produjo no buscó obtener un fin obvio y normal determinado al efecto, sino que por el contrario, se valió de aquella modalidad administrativa para que obtuviera como resultado una situación en todo diversa a la que explícitamente busca la Ley.*"¹¹

El móvil, como ha sido definido, es el fin o el propósito que se quiere lograr con la expedición de una decisión administrativa, esto es, lo que en definitiva conlleva a la autoridad a tomar una medida en determinado sentido, pero atendiendo siempre el interés general y el mejoramiento del servicio público. De tal suerte que, cuando exista contrariedad entre el fin perseguido por la ley y el obtenido por el autor del acto, se configura esta causal de ilegalidad.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, sentencia de 31 de agosto de 1988. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda C.P. Dra. Clara Forero de Castro.

El Consejo de Estado¹², también ha considerado que las manifestaciones de la desviación de poder admiten por lo menos su clasificación en dos grandes grupos: "i) el acto o contrato administrativo es ajeno a cualquier interés público -venganza personal, motivación política, interés de un tercero o del propio funcionario- y ii) el acto o contrato es adoptado en desarrollo de un interés público pero que no es aquel para el cual le fue conferida competencia a quien lo expide o celebra".

De manera que mientras en el proceso no se encuentren probados los hechos que configuren una falsa motivación o una desviación de atribuciones propias de la autoridad que las ejerza, en los términos anteriormente destacados, el acto administrativo demandado conserva su presunción de legalidad y no podrá ser anulado o en esta etapa procesal, no podrá ser anulado válidamente por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Así las cosas, el Despacho considera que la parte no acreditó la ocurrencia de hechos que permitieran vislumbrar que los motivos que conllevaron a la designación como Personero Municipal de Toca al señor Julio Heiber Moreno Moreno fueron distintos a la superación de las etapas del concurso de mérito. Es del caso resaltar que no basta con afirmar que el nombramiento se produjo como consecuencia de intereses ajenos a los establecidos por la ley, sino que le corresponde al demandante demostrar de manera incontrovertible la motivación oculta o falsa del acto del nombramiento o designación de personero.

De conformidad con lo anterior, se despachará negativamente la solicitud cautelar, sin perjuicio de agregar que el sentido de la sentencia puede o no guardar la línea argumentativa que se acaba de exponer. Esto dependerá de lo que se pruebe dentro del proceso, ya que la presente determinación no implica prejuzgamiento según lo establece el inciso 2º del artículo 229 del CPACA y lo ha resaltado la jurisprudencia:

*"(...) es importante indicar que como se trata de una solicitud que está llamada a resolverse cuando las partes no han ejercido su derecho de defensa a cabalidad es claro que las disquisiciones que se realicen en la providencia que la desate son apenas valoraciones iniciales que en nada condicionan o influyen en la decisión final del fondo del asunto, es por ello que el legislador dispuso expresamente que la resolución de **la medida cautelar no supone prejuzgamiento**.*

En tales condiciones, resulta diáfano que la precoz determinación que se adopte a la hora de dirimir la medida cautelar, en ningún caso, será concluyente de la sentencia, última que corresponde dictar al juez una vez agotadas las respectivas etapas procesales, de manera que cuente con todos los elementos de juicio que le permitan asumir una determinación que desate de fondo y en forma definitiva la controversia suscitada.

En consecuencia, el artículo 229 del CPACA no admite duda en cuanto a la oportunidad que le otorga al juez de ratificar, ajustar, corregir e incluso contradecir en la sentencia lo consignado en la decisión de la medida cautelar. (...)¹³ (Subraya y negrilla fuera del texto original)

En consecuencia, esta instancia no ve mérito para decretar la medida cautelar, consistente en suspensión provisional, solicitada por la parte

¹² Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda. Sentencia de 29 de junio de 2011. Rad. No. 17001-23-31-000-2007- 00712-01 (0752-09).

¹³ C.E., Sec. Segunda, Auto 2018-01428 (4708-2018), oct. 18/2019, M.P. William Hernández Gómez.

demandante.

III. PRESUPUESTOS DEL DECRETO 806 DE 2020

El 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud - OMS declaró el brote de enfermedad denominado coronavirus - COVID-19 como una pandemia, y como quiera que Colombia debe detener la transmisión y prevenir la propagación del virus, adoptó medidas por ser una emergencia de salud pública de importancia internacional; entre otras, ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia.

Lo anterior conllevó a que el Consejo Superior de la Judicatura mediante los acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, suspendiera los términos judiciales, desde el **16 de marzo de 2020**.

Ahora bien, en virtud del **Acuerdo PCSJA20-11557 de 2020**, se dispuso el levantamiento de términos judiciales a partir del **1 de julio de 2020**, atendiendo la capacidad institucional y la necesidad de proteger la salud de los servidores judiciales, abogados y usuarios de la Rama Judicial, de manera que los procesos y actuaciones judiciales puedan desarrollarse en forma adecuada y segura.

Conforme lo expuesto, y en aras de acudir a la administración de justicia y garantizar la continuidad del servicio público de justicia, así como la reactivación de la actividad de defensa jurídica, ello, en procura de proteger también el derecho de la salud y al trabajo de los servidores judiciales, litigantes y de los usuarios, resultó indispensable expedir normas destinadas a que los procesos se puedan tramitar en la mayoría de los casos, virtualmente.

Fue así que se expidió el **Decreto 806 de 2020**, en aras de establecer un marco normativo que en armonía con el CPACA, se adoptara en los procesos en curso y los que se iniciaren luego de su expedición, con el fin de: **i)** agilizar los procesos judiciales, **ii)** implementar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en los procesos judiciales, y, **iii)** flexibilizar la atención de los usuarios de los servicios de judicial.

En ese orden de ideas, el proceso de la referencia debe acatar las condiciones actuales del uso de las tecnologías de la información y comunicación en la gestión y trámite de procesos judiciales y asuntos en curso, durante el término de vigencia del precitado decreto; por tanto, se le ordenará a la parte demandante para que informe el canal digital donde deben ser notificadas las partes, sus representantes, y apoderados, los testigos, peritos y cualquier otro tercero que deba ser citado en los términos específicamente señalados en el artículo 6 y siguientes del **Decreto 806 de 2020**, cumpliendo así con la buena marcha del servicio público de administración de justicia, y por ende, darle el impulso procesal que corresponda.

Por lo expuesto, el JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA,

R E S U E L V E:

PRIMERO.- ADMITIR la demanda de Nulidad Electoral promovida por **ÓSCAR GERMÁN BAYONA DAZA** contra el Concejo Municipal de Toca y el señor Julio Heiber Moreno Moreno, por la elección de éste último como Personero Municipal del Municipio de Toca, para el periodo 2020-2023.

SEGUNDO.- NOTIFICAR personalmente de esta providencia al Presidente del Concejo Municipal de Toca, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2° del artículo 277 de la Ley 437 de 2011, a la dirección de correo electrónico aportado a folio 29 del expediente. Se le advierte a la demandada que con la contestación de la demanda **deberá allegar el expediente administrativo que contenga los antecedentes de los actos administrativos demandados** y demás pruebas que se encuentren en su poder y que pretenda hacer valer, so pena de incurrir en falta disciplinaria gravísima. (Numeral 4° y parágrafo 1° del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011).

TERCERO.- NOTIFICAR personalmente de esta providencia al señor Julio Heiber Moreno Moreno de conformidad con el literal a) del numeral 1° del artículo 277 del CPACA, a la dirección de correo electrónico aportado a folio 51 del expediente.

CUARTO.- NOTIFICAR personalmente de esta providencia al Agente del Ministerio Público respectivo como lo establece el numeral 3° del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

QUINTO.- NOTIFICAR esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, al buzón electrónico, quien podrá si así lo desea intervenir en el presente asunto dentro de la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 de la Ley 1437 de 2011.

SEXTO.- NOTIFICAR por estado a la parte actora, de conformidad con la parte motiva.

SÉPTIMO.- INFORMAR a la comunidad en general de la existencia del presente proceso tal como lo ordena el artículo 277 numeral 5° de la Ley 1437 de 2011, de lo cual deberá dejarse constancia en el expediente.

OCTAVO.- INFORMAR al accionado y a las entidades intervinientes que la demanda podrá ser contestada en la oportunidad establecida en el artículo 279 del CPACA, esto es, dentro de los quince (15) días siguientes al día de la notificación personal del auto admisorio de la demanda al demandado o al día de la publicación del aviso, según el caso.

NOVENO.- NEGAR la suspensión provisional de los actos acusados, solicitada por la demandante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO.- RECONOCER personería jurídica al doctor JORGE REINALDO MANCIPE TORRES, identificado con C.C. No. 80.412.027 y T.P. No. 89.953 del C.S. de la J., de conformidad con las facultades del poder obrante a folio 30 del expediente.

Medio de Control: JUDICIALIZACIÓN ELECTORAL
Radicación No: 15001 3333 012 2020 0032 00
Demandante: OSCAR GERMAN BAYONA DAZA
Demandado: CONCEJO MUNICIPAL DE TOCA- JULIO HEIBER MORENO MORENO

DÉCIMO PRIMERO.- Se ORDENA que la parte demandante informe el canal digital donde deben ser notificadas las partes, sus representantes, y apoderados, los testigos, peritos y cualquier otro tercero que deba ser citado en los términos específicamente señalados en **el artículo 6 y siguientes del Decreto 806 de 2020**, cumpliendo así con la buena marcha del servicio público de administración de justicia, y por ende, darle el impulso procesal que corresponda. Para el efecto, se concede el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia.

DÉCIMO SEGUNDO.- Se EXHORTA a la parte actora para que atienda los canales de comunicación institucionales dispuestos para todos los efectos, los cuales pueden ser identificados en el siguiente enlace:

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-12-administrativo-de-tunja>

Notifíquese y Cúmplase.

DEYNA JOHANA BELTRÁN GONZÁLEZ
Juez

Firmado Por:

DEYNA JOHANA BELTRAN GONZALEZ
JUEZ CIRCUITO
JUZGADO 012 ADMINISTRATIVO DE TUNJA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
31cf5db1f2935513195fd10167212f1ce294fbf567041609fc46c87047
ccc275

Documento generado en 14/08/2020 06:01:25 p.m.