

PREJUDICIALIDAD EN MATERIA ELECTORAL – Inoperancia

Debe la Sala establecer si este tipo de acciones públicas admite la posibilidad de suspensión procesal por prejudicialidad. La suspensión del proceso por prejudicialidad es institución ajena al Código Contencioso Administrativo, toda vez que su regulación descansa en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, acudiendo a una interpretación sistemática de las normas jurídicas que guardan relación con el contencioso de nulidad electoral, se advierte que éste proceso está exceptuado de la aplicación de tal regla general porque en esa dirección apunta la intención del legislador. En efecto, el principio de integración normativa del Código Contencioso Administrativo está contemplado en su artículo 267.

Además de reconocer la norma anterior que esa codificación carece de todas las herramientas procedimentales necesarias para atender los diferentes problemas jurídicos que eventualmente puedan surgir en el curso de la actuación, de igual modo está diciendo que esos vacíos han de llenarse acudiendo a las instituciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, lo cual no ocurre de manera automática e irrestricta sino que ha de ser el resultado de un proceso inferencial apoyado en un criterio objetivo consistente en la compatibilidad de la integración normativa con la naturaleza de las acciones contenciosas de que se trate.

Es decir, el legislador facilitó la integración normativa del código contencioso administrativo con su par de procedimiento civil, pero claramente dispuso que ello solamente sería posible a condición de que las instituciones procedimentales fueran compatibles con la naturaleza de la acción a que eventualmente sirvan. Es decir, compete al juez de lo contencioso administrativo hacer una valoración en torno a la naturaleza de la acción de que conoce para establecer si a sus fines se aviene el dispositivo procedimental que quiere integrarse, pues de resultar que no lo es, por una razón legítima y adecuada, el operador jurídico sólo puede abstenerse de ello y continuar con el curso normal del proceso. Así, la tarea que sigue es descubrir la naturaleza jurídica del proceso de nulidad electoral, para luego cotejarla con los efectos de la suspensión procesal por prejudicialidad, a fin de establecer su compatibilidad o no.

El proceso electoral se regula por lo dispuesto en el Capítulo IV del Título XXVI que trata de los Procesos Especiales, y goza de una condición especial por su objeto y por su estructura procedimental. En cuanto a lo primero, porque a través de él se puede juzgar la legalidad del *“acto por medio del cual se declara la elección o se haya expedido el nombramiento”* (C.C.A. Art. 136 num. 12), es decir que su objeto comprende uno de los elementos más sensibles de la democracia Colombiana como es la integración del poder político por medio de las elecciones populares, las cuales sirven para la escogencia directa de autoridades como el Presidente y Vicepresidente de la República, los Congresistas, los Gobernadores, los Diputados, los Alcaldes, los Concejales municipales y distritales, los Miembros de las Juntas Administradoras Locales y eventualmente los miembros de la Asamblea Constituyente (C.N. Art. 260).

Por los altos intereses que involucra el proceso electoral, cuya vigencia mantiene en tela de juicio la legitimidad de esas autoridades públicas de elección popular, es que puede considerarse que se trata de una acción especialísima, que ha sido

vista por el legislador con especial interés en que la seguridad jurídica que brindan los fallos judiciales llegue lo más pronto posible, sin dilaciones injustificadas, como así lo ratificó el propio constituyente al expedir el Acto Legislativo 01 de 2003, ya que con su artículo 14, además de introducir algunas modificaciones al artículo 264 de la Constitución, consagró unos términos perentorios e improrrogables para la toma de decisiones en el proceso electoral, el cual debe fallarse en el término máximo de seis meses cuando se conozca en única instancia y en un año cuando su conocimiento sea en primera instancia.

Además, la composición estructural del proceso electoral refleja igualmente que se trata de una actuación constituida por etapas o fases procesales regidas por términos verdaderamente cortos en comparación con los términos que dentro del mismo código han sido previstos para el proceso ordinario, como así lo advirtió esta Sección al cotejar la acción de nulidad electoral con la acción de nulidad simple.

Ahora bien, efecto inmediato de acoger la prejudicialidad administrativa propuesta sería la suspensión del proceso en espera de que se produzca la decisión judicial del acto administrativo enjuiciado en la acción contenciosa respectiva. Según lo dispuesto en el artículo 172 del C. de P. C., la reanudación del proceso suspendido puede ocurrir por dos razones: (i) porque se presente copia auténtica de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que propició la suspensión ordenada, y (ii) porque, en ausencia del anterior presupuesto, han pasado más de tres años desde que se decretó la suspensión procesal, evento que habilita reanudar el proceso a petición de parte o de oficio por el operador jurídico.

En la práctica, de acogerse el planteamiento de la parte demandada, consistente en que se acuda a la institución procesal civil de la suspensión del proceso por prejudicialidad administrativa, el proceso electoral no pasaría de ser una acción inocua, ya que partiendo del supuesto de que el período de las distintas autoridades elegidas popularmente no supera los cuatro años, bastaría que los interesados acudieran a dicho mecanismo procesal para que el expediente permaneciera inactivo por lo menos tres años, de suerte que cuando finalmente se fallara la respectiva acción pública la sentencia anulatoria sería ineficaz por agotamiento del período de la autoridad cuya elección es objeto de enjuiciamiento.

Los argumentos hasta el momento esgrimidos son suficientes para demostrar que la institución procesal civil de la suspensión procesal por prejudicialidad no es compatible con la naturaleza del contencioso de nulidad electoral y que en esa medida la petición que al efecto se formule sólo puede ser desestimada, como ya lo había advertido la Sección en oportunidad anterior

Así las cosas, la solicitud de suspensión procesal mientras se falla por la Sección Primera de esta Corporación el proceso de nulidad simple presentado en contra del Decreto 4523 de 2006, expedido por el Presidente de la República, será denegada. Además, porque la parte interesada no acreditó la existencia de dicha acción y porque las pretensiones anulatorias del presente asunto no se fincan exclusivamente en la excepción de inconstitucionalidad de dicho decreto, sino que también comprenden razones de ilegalidad del Acuerdo CD-045 de 2006 expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca – C.V.C.

TERCEROS INTERVINIENTES – Facultades limitadas

Los intervinientes asisten al proceso con la finalidad de apoyar las pretensiones anulatorias de la demanda, planteando adicionalmente irregularidades nuevas o que no fueron consideradas por el accionante en su demanda de nulidad electoral; es decir, están proponiendo cargos nuevos o diferentes de los propuestos con el libelo inicialista.

Señala el artículo 235 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 59, que *“En los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como parte para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda”*. Por el carácter público de la acción de nulidad electoral, la que puede ser promovida por cualquier ciudadano (C.N. Art. 40 num. 6), es que el legislador ha prescrito que dentro de dichas acciones puedan intervenir personas diferentes del accionante y de los demandados, bien para defender la legalidad del acto administrativo sometido a discusión o ya para apoyar las súplicas de la demanda, adquiriendo por esa intervención la calidad de parte.

Empero, los terceros intervinientes que acuden a prohijar las súplicas de la demanda sólo pueden hacer eso y nada más. Exponer argumentos de refuerzo a los cargos planteados, pero no formular nuevas imputaciones, en atención a que ello desarticularía el proceso electoral, dado que ante la posibilidad de que esas intervenciones puedan ocurrir *“hasta cuando quede ejecutoriado el auto que orden el traslado a las partes para alegar”*, las múltiples participaciones de esos ciudadanos podría llevar a que el contencioso de nulidad electoral se hiciera interminable porque cada que un interviniente llegara con nuevos cargos, deberían dársele en traslado a la parte accionada, retrotrayendo la actuación a etapas iniciales como la *litis contestatio* para asegurar el derecho a la defensa del sujeto pasivo de la acción.

Tal posibilidad, además de reñir con la naturaleza especial del contencioso de nulidad electoral, resulta igualmente inadmisibles en atención a que el poder de reforma que sobre la demanda se tiene, lo ostenta única y exclusivamente el ciudadano que la haya formulado, sin que del mismo puedan apoderarse los terceros intervinientes, que como se ha dicho insistentemente, en torno a ella sólo pueden apoyarla o prohijarla.

NULIDAD PROCESAL - Indebida notificación del auto admisorio de la demanda

El debate se centra en establecer si, como lo propone el demandado, los integrantes del Consejo Directivo de la CVC deben ser citados como parte demandada en este proceso, dado el hecho de haber sido el órgano que expidió el acto que se acusa. La condición de integrante del extremo pasivo de la relación jurídico-procesal en el contencioso de nulidad electoral es un asunto reglado, no está a disposición del juez ni de los contendientes procesales determinar quiénes deben ser citados, necesariamente, como parte demandada.

El proceso electoral, que es de naturaleza especial, se rige en parte por lo dispuesto en el artículo 233 del C.C.A., donde con claridad se establece que persona debe citarse al proceso en calidad de demandado. En efecto, en su

numeral 3 se dice sobre el particular: *“Si se trata de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada, se dispondrá notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda”*. Y, en el inciso 2 del numeral 4 de la misma disposición se dispone: *“Si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende”*.

Dos situaciones diferentes ha previsto el legislador. Si como lo dice el primer precepto, el demandado es una persona que ha sido elegido por junta, consejo o entidad colegiada, el legítimo contradictor de la acción electoral es el beneficiario de esa elección o nombramiento, sin que se deban vincular en calidad de demandados a los integrantes del cuerpo colegiado que profirió el acto administrativo, lo cual no obsta para que si dicha entidad lo decide pueda concurrir al proceso, no en calidad de parte sino como tercero interesado en defender la legalidad de su decisión administrativa. La otra situación corresponde a aquellas en que la eventual decisión anulatoria pueda conducir a la práctica de nuevos escrutinios, Vr. Gr., las elecciones populares de miembros de asambleas departamentales que son anuladas por causales objetivas; bajo estos supuestos, como el escrutinio a realizar puede alterar el status de elegido de algunos de sus integrantes, a todos los miembros de la corporación se les debe considerar como legítimos contradictores y por lo mismo el proceso no puede adelantarse sin su necesaria comparecencia.

Como se podrá observar, los demandados en uno y otro caso sólo pueden ser las personas que han sido objeto de la elección o designación, bien se trate de elección o designación por parte de un cuerpo colegiado o ya de una elección de carácter popular, sin que tengan la calidad de parte demandada los funcionarios o entidades públicas que han expedido el acto administrativo, decisión legislativa que de seguro se explica en la necesidad de imprimirle celeridad al proceso electoral.

De acuerdo con los razonamientos expuestos hasta el momento es claro para la Sala que no se configura la causal de nulidad invocada directamente por el demandado, ya que contrario a lo entendido por él, los integrantes del Consejo Directivo de la CVC no son legítimos contradictores en este proceso electoral, amén de que el extremo pasivo de la contienda está integrado por el sujeto legitimado para ello, como es el demandado.

Adicionalmente, de tenerse por cierto que los integrantes del Consejo Directivo de la CVC tienen la calidad de partes frente a la acción electoral en que se controvierta la legalidad del acto administrativo por medio del cual se elige a su Director General –tesis que no acepta la Sala-, no sería la parte demandada ni su apoderado los legitimados para alegarla, como en claro lo deja el artículo 143 del C. de P. C., modificado por el Decreto 2282 de 1989 artículo 1 numeral 83, al precisar que *“La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada”*. Por tanto, se negará lo pedido.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 / PUBLICIDAD DE LA NORMA – Oponibilidad y eficacia / PUBLICIDAD DE LA NORMA – Omisión no es causal de invalidez

En cuanto a la publicación del decreto 4523 de 2006 como hecho constitutivo de inconstitucionalidad, la Sala encuentra que la publicación de las normas jurídicas no puede considerarse como una razón válida para deducirla, puesto que la publicación no es un elemento de validez o de constitucionalidad de esas normas sino apenas un ingrediente que busca darle eficacia a la producción normativa, con el propósito de que sus dictados sean oponibles a todos. La publicidad de las normas jurídicas no tiene la calidad de vicio en la formación de la norma respectiva, de conformidad con el art. 52 de la ley 4 de 1913.

En relación con la prohibición de la retroactividad de la ley que prevé el decreto precitado, como causa de inaplicación por inconstitucional, la Sala tiene en cuenta que el fundamento normativo del proceso de selección del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales es el Decreto 2011 del 16 de junio de 2006. Armonizando las normas anteriores se tiene que el proceso de selección de Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales culmina cuando se da una de dos situaciones. En primer lugar, si alguno o algunos de los aspirantes al cargo han superado el puntaje mínimo requerido y la entidad contratada ha presentado al Consejo Directivo la lista de aspirantes idóneos para optar al cargo, evento en el cual lo procedente es que ese cuerpo colegiado, en ejercicio de su poder discrecional, escoja uno de ellos para que asuma la Dirección General de la Corporación, finalizando con la expedición de este acto y la respectiva posesión el proceso de selección surtido. En segundo lugar, si luego de haberse agotado las distintas fases del proceso de selección ninguno de los aspirantes alcanzó el puntaje mínimo requerido, no puede dudarse que el proceso se ha agotado y que en tal supuesto, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare, se entiende finalizado el proceso de selección, lo que perfectamente constituye una situación jurídica consolidada, a diferencia de la primera hipótesis cuyo resultado sí encuadra cabalmente en un derecho adquirido, cuyo titular es el aspirante seleccionado por el Consejo Directivo.

En consonancia con las anteriores precisiones es dable sostener que el Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 *“Por el cual se adiciona el Decreto 3685 de 2006”*, expedido por el Presidente de la República, no resulta ser inconstitucional aunque la actuación administrativa censurada con esta acción sí está afectada de nulidad por la aplicación retroactiva de lo dispuesto en el citado decreto frente a una situación jurídica consolidada.

En efecto, una lectura atenta del contenido del artículo 1º del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 permite establecer que su grado de generalidad no puede conducir a la conclusión de la violación de la prohibición de no retroactividad de la ley. Allí se dispone que en aquellos eventos en los que luego de la realización del proceso público abierto previsto en el Decreto 2011 de 2006 no sea posible la conformación de la lista de candidatos más idóneos para ocupar el cargo de Director General de la Corporación, porque ninguno haya obtenido el puntaje mínimo requerido (70 puntos), el Consejo Directivo de la entidad podrá optar por convocar a nuevo proceso de selección o llevar adelante la elección con los candidatos que hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 60 puntos.

Como se podrá advertir, el grado de abstracción de la disposición anterior es tal que impide tildarlo de inconstitucional por supuestamente haberse expedido con el único propósito de modificar las reglas de juego en el proceso de selección que se venía adelantando en la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca; por el contrario, su confección gramatical apunta a la generalidad de los procesos de selección que deban cumplirse con el propósito de escoger al Director General, de

suerte que la recta interpretación de aquella parte que permite elegir al Director General *“de la lista de candidatos que, surtido el proceso de selección, hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 60 puntos”*, no puede entenderse, en el contexto del proceso de selección que se venía adelantando en la C.V.C., como una autorización legal para aplicar esa normatividad al proceso de selección que se había agotado por la inexistencia de una lista de elegibles.

La fuerza vinculante de esa prescripción sólo puede estar referida a los procesos de selección que se inicien bajo su vigencia, no frente a aquellos en que el proceso de selección se haya agotado y si bien allí se expresa que la elección del Director General puede hacerse entre la lista de candidatos que hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 60 puntos, una vez *“surtido el proceso de selección”*, es claro que el decreto se está refiriendo a los procesos de selección que se convoquen y adelanten luego de su entrada en vigencia, no con respecto a los que se venían adelantando al momento de su entrada en vigencia y menos respecto de las convocatorias que se hubieran agotado por inexistencia de candidatos elegibles, ya que una lectura en esos términos sería inconstitucional y violatoria del debido proceso, entre otras garantías fundamentales.

Por el contrario, lo que sí evidencia la Sala como actuación irregular del Consejo Directivo de la C.V.C., es que terminó aplicando para el proceso de selección que culminó con la elección acusada el Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006, esto es lo aplicó de manera retroactiva, vulnerando con ello las distintas normas constitucionales hasta el momento citadas. Efectivamente, luego de examinar el contenido de las tablas de resultados de los folios 394 y 395 es claro que ninguno de los aspirantes, incluido el demandado, obtuvo el puntaje mínimo requerido, situación que necesariamente conduce a tener por agotado el proceso de selección, cerrando la posibilidad a que para el mismo se aplicara lo dispuesto en el memorado decreto, que como se dijo solamente opera para nuevas convocatorias, más no para las que se estaban adelantando o ya habían cesado por inexistencia de candidatos con el puntaje mínimo exigido.

Esta aplicación retroactiva del Decreto 4523 de 2006, que desde luego fue determinante para la elección del Dr. JOSÉ WILLIAM GARZÓN SOLÍS como Director General de la C.V.C., vicia el acto de elección acusado a tal punto que la nulidad es inevitable, merced a que con esa decisión administrativa se configura la causal genérica de nulidad del 84 del C.C.A., consistente en la infracción de normas superiores, en este caso de rango constitucional.

Dicha aplicación retroactiva produce, inevitablemente, la vulneración del derecho constitucional de igualdad previsto en el artículo 13 superior –fue citada en el acápite de normas violadas y concepto de violación-, pues lo que corresponde a una norma general y abstracta como es el Decreto 4523 de 2006 dirigida a favorecer los procesos de selección donde ninguno de los aspirantes haya obtenido el puntaje mínimo de 70, pudiéndolo bajar a 60 puntos, tan solo trae beneficios a unos pocos, merced a que sus efectos vienen a producirse cuando el proceso se ha cumplido en su integridad y los puntajes de los distintos aspirantes son conocidos, habiéndose consolidado la situación jurídica de la inexistencia de candidatos elegibles. Además, el derecho a la igualdad no puede analizarse en el estrecho contexto de los aspirantes admitidos en el proceso de selección agotado, ya que al devenir desierto el concurso el derecho a participar en el nuevo proceso de selección se abre a todos los interesados en ello, quienes verían sacrificado de antemano su derecho a postularse a esa dignidad por la consagración ilegítima de un privilegio a favor de quienes habían participado del proceso de selección frustrado.

Por tanto, la Sala colige que no hay lugar a tener por demostrada la excepción de inconstitucionalidad alegada respecto del citado decreto, pero que a pesar de ello sí es inconstitucional su aplicación retroactiva, tal como lo alegó el actor, lo cual afecta la legalidad del acto acusado.

En tercer y último lugar, considera el libelista que la inconstitucionalidad del aludido decreto se presenta por la decisión gubernamental de bajar el puntaje mínimo requerido por los candidatos idóneos para ocupar el cargo, 70 a 60 puntos, con lo cual se violó el principio del mérito. Al margen de las consideraciones anteriores, donde se concluyó que la parte pertinente del artículo 1º del Decreto 4523 de 2006 no es inconstitucional como sí lo es su aplicación retroactiva a situaciones jurídicas consolidadas –proceso de selección desierto-, no considera la Sala que el solo hecho de bajar el puntaje mínimo requerido de 70 a 60 puntos vulnere el principio del mérito, puesto que allí el Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen de regulación que le brinda la potestad reglamentaria y que no puede tomarse como irrazonable porque de 1 a 100 el nuevo puntaje (60) estaría por encima de la mitad del puntaje máximo a alcanzar.

En resumen, la excepción de inconstitucionalidad no resultó demostrada en cuanto al artículo 1º del Decreto 4523 de 2006 por tratarse de una norma de carácter general, impersonal y abstracto; por el contrario, sí quedó establecido que el Consejo Directivo de la C.V.C., aplicó en forma retroactiva su contenido para dar paso a la elección acusada, con lo cual se violaron normas constitucionales, configurándose así la nulidad de dicha actuación. Las demás razones, como se vio, resultaron infundadas.

IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

El fundamento constitucional de la no retroactividad de la ley –entendida en sentido material-, se halla en lo dispuesto en el artículo 29 cuando predica que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a **leyes preexistentes al acto que se le imputa**, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, y en lo normado en el artículo 58, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 1999, en cuanto consagra que *“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, **los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”*** (Negrillas de la Sala). Es decir, la regla general constitucional es que las normas jurídicas producen efectos a partir de su vigencia, hacia el futuro, con lo cual se garantizan los derechos que en el entretanto hayan sido adquiridos o las situaciones jurídicas que se hayan consolidado, lo cual es prenda de garantía, además, de que la confianza legítima depositada por los asociados en tales situaciones no será traicionada.

Sin embargo, esta regla también presenta excepciones y corresponde precisamente a aquellos eventos en que la nueva regulación traiga condiciones más favorables para los asociados, lo cual está plenamente identificado en el ámbito penal donde la ley posterior favorable se aplicará de preferencia a la anterior que sea desfavorable. Con todo, más allá del terreno penal, la favorabilidad es una circunstancia que debe valorarse detenidamente, en atención a que los efectos no recaen ya sobre la libertad individual de las personas sino sobre otros bienes jurídicos frente a los cuales la consolidación de una situación puede hacer imposible la aplicación de reglas ulteriores favorables, por conducir al

desconocimiento de valores constitucionales relevantes constitutivos del techo axiológico constitucional.

Es necesario distinguir, para efectos de precisión conceptual, que pese a la delgada línea que separa los derechos adquiridos de las situaciones jurídicas consolidadas, unos y otros ofrecen algunas diferencias que vale la pena apreciar. El derecho adquirido, como su nombre lo sugiere, se caracteriza porque luego del cumplimiento de algunas exigencias de orden formal o sustancial, la persona incorpora a su patrimonio un derecho personal o real, que así como lo puede hacer valer frente a una persona determinada, también lo puede invocar respecto de todo el mundo. Por el contrario, las situaciones jurídicas consolidadas, que si bien pueden guardar una relación de género a especie con los derechos adquiridos, se distinguen de éstos por sus efectos, ya que no sólo comprenden la incorporación de un derecho sino también el cumplimiento de unos trámites que bien pueden concluir en el agotamiento de un procedimiento en particular, sin que necesariamente como resultado del mismo se adjudique un derecho.

Así las cosas, es necesario recalcar que aquellas situaciones jurídicas que se hayan agotado sólo pueden regirse por las normas vigentes al momento de su adelantamiento, más no por normas posteriores, como así lo tiene aceptado la doctrina constitucional.

EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD DEL ACUERDO CD-045 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2006 EXPEDIDO POR EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA – C.V.C. / POTESTAD REGLAMENTARIA

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN

Bogotá D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-28-000-2007-00001-00(00001)

Actor: WILSON RUIZ OREJUELA

Demandado: DIRECTOR CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA

Profiere la Sala sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

I.- LA DEMANDA

1.- Las Pretensiones

Con la demanda se solicitan las siguientes declaraciones:

“PRIMERA: Que es nulo el Acuerdo No. CD 071 de diciembre 26 de 2006 emanado del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - C.V.C. mediante el cual se designó como Director General de la C.V.C. al Doctor José William Garzón Solís para el período comprendido entre el 1 de enero de 2007 al 31 de diciembre de 2009.

SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la desvinculación del cargo de Director de la C.V.C. al Doctor José William Garzón Solís.

TERCERA: Se ordene al Consejo Directivo de la C.V.C. realizar un nuevo proceso de selección para el cargo de Director de la C.V.C. para el período institucional comprendido entre enero 1 de 2007 y diciembre 31 de 2009”

2.- Excepción de Inconstitucionalidad del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 “Por el cual se adiciona el Decreto 3685 de 2006”

Señala el accionante que el decreto fue *“coincidentalmente”* publicado el mismo día de su expedición y que no podía aplicarse al proceso de selección de Director de la C.V.C. cuestionado porque ninguno de los aspirantes había superado el concurso, como así lo hizo saber la entidad evaluadora al Consejo Directivo con informe rendido el 21 de diciembre de 2006.

El Decreto viola el principio del mérito al permitir la conformación de una lista de candidatos elegibles no con los más idóneos sino con *“los menos malos”*. Además, el artículo 2 resulta inconstitucional porque siendo un acto de carácter general al mismo pretende dársele eficacia el mismo día de su expedición *“ordenándose simplemente su comunicación y cumplimiento”*. Y, finalmente, viola el principio de irretroactividad normativa porque se dirige a un proceso de selección que ya había culminado porque ninguno de los candidatos había superado el concurso, al modificar las bases del puntaje mínimo aprobatorio.

3.- Excepción de ilegalidad del Acuerdo CD-045 de 2006 “Por el cual se define conforme al marco legal vigente el procedimiento para la evaluación y designación del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca”

Con la reglamentación anterior, dice el accionante, el Consejo Directivo de la C.V.C. se extralimitó en el ejercicio de sus funciones al emplear una facultad reglamentaria que no tiene, en especial porque fija procedimientos, requisitos de admisión y la práctica de una entrevista adicional por parte de ellos a los aspirantes sin determinar su valoración. Por último aduce:

“Es menester hacer énfasis que esa atribución constitucional de reglamentar las leyes fijando y desarrollando los detalles de aplicación de los principios que la Ley contiene le pertenece al Presidente de la República conforme al artículo 189 numeral 11 de nuestra Carta Política, atribución de la cual hizo uso dicho mandatario con la expedición del Decreto 2011 de 2006 que reglamento (sic) el procedimiento para la escogencia de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales”

4.- Soporte Fáctico

En este acápite se afirma que:

1.- El 22 de octubre de 2006 la C.V.C., publicó a través del periódico El País y la página web institucional, la convocatoria para aspirantes al cargo de Director General de la entidad. Allí se determinó el cargo, requisitos exigidos, asignación mensual, funciones, lugar y fecha de recepción de hojas de vida y certificados, así como las pruebas a aplicar y su valoración, excepto una entrevista adicional a la que no se le fijó puntaje; las pruebas se calificarían separadamente y: *“Los candidatos que hayan obtenido un valor igual o superior al valor de setenta (70) puntos de un total máximo de 77 puntos: Los candidatos que hayan superado la totalidad de las pruebas con valores iguales o superiores a 70 puntos de puntaje máximo posible serán clasificados como candidatos idóneos para el ejercicio de las funciones propias del cargo de Director General de la Corporación”*.

2.- Esa convocatoria se basó en el Decreto Nacional 2011 de junio 16 de 2006, modificado por el Decreto 3685 del mismo año, así como en el Acuerdo CD-045 del 20 de octubre de 2006 expedido por el Consejo Directivo de la C.V.C.

3.- Para la práctica del proceso de selección la C.V.C. contrató los servicios de la Pontificia Universidad Javeriana a través del contrato C.V.C. 0173 del 2 de noviembre de 2006, cuyo objeto cita literalmente el accionante.

4.- Con el Acuerdo CD-045 de 2006 se presentaron las siguientes irregularidades:

a.- El art. 6 del Acuerdo exige requisitos de admisión diferentes a los señalados en los Decretos 1768 de 1994 y 2011 de 2006, en especial los certificados de antecedentes disciplinarios, fiscales y judiciales, lo cual ni siquiera se menciona en la convocatoria.

b.- El art. 17 del Acuerdo contradice el artículo 2 del Decreto 2011 de 2006, puesto que el Consejo Directivo quiso intervenir así en la evaluación de los aspirantes, al fijar una entrevista adicional a los clasificados, asignándole un puntaje a la misma, que se sumaría con las demás pruebas.

c.- El inciso 3 del artículo 14 del Acuerdo se opone a lo previsto en el inciso 2 del artículo 2 del Decreto 2011 de 2006, ya que *“El Consejo Directivo se aparte de una interpretación lógica, y en vez de establecer en 100 puntos el total, se aparta en forma absurda y equivocada, estableciendo un puntaje total de 77 puntos, lo que modifica ostensiblemente los resultados de la evaluación”*.

5.- De los 41 aspirantes que se presentaron al proceso, la Universidad sólo admitió a 10 para que presentaran las pruebas respectivas; los demás fueron inadmitidos por razones que van desde inhabilidades hasta falta de requisitos o documentación.

6.- De las pruebas practicadas por la Universidad resultó que ninguno de los 10 aspirantes admitidos obtuvo el puntaje mínimo requerido (70), lo que así se informó por ésta al Consejo Directivo de la C.V.C. mediante oficio RS-136-06 del 28 de noviembre de 2006, además de recomendar la declaratoria de desierto del proceso de selección por ciertas anomalías del Acuerdo CD-045 de 2006.

7.- Ignorando la recomendación anterior el Consejo Directivo de la C.V.C. decide, sin acto administrativo, llamar a presentar las pruebas a 31 de los 41 aspirantes iniciales, incluidos los 10 que habían sido admitidos pero no habían superado las pruebas, resultando beneficiado de este llamado el Dr. Carlos Calderón Llantén

que originalmente había sido excluido por estar incurso en la causal de inhabilidad del inciso 5 del artículo 19 del Decreto 1768 de 1994.

Inicialmente se citó para el 7 de diciembre de 2006 para la práctica de las pruebas, pero el Consejo Directivo aplazó la fecha para el 13 de diciembre de 2006, a la que muchos aspirantes dejaron de asistir alegando violación del derecho fundamental a la igualdad y el debido proceso. El 15 de diciembre de 2006 la Pontificia Universidad Javeriana publicó en su página Web los resultados de las pruebas y de nuevo ninguno de los aspirantes alcanzó los 70 puntos requeridos.

8.- El 21 de diciembre de 2006, a las 2:42 p.m., se realizó sesión extraordinaria del Consejo Directivo de la C.V.C., para evaluar el informe rendido por la Universidad Javeriana sobre dicho proceso de selección. Como ninguno de los aspirantes superó los 70 puntos, dice el demandante, el proceso terminaba allí por sustracción de materia, al no cumplirse lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 2011 de 2006. Frente a esa realidad la representante del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Social ante el Consejo Directivo, Dra. Lucero Cadena Navia, informó que el gobierno nacional próximamente expediría un decreto que reduciría dicho puntaje a 60, permitiendo continuar el concurso porque dos aspirantes habían obtenido más de ese puntaje, siendo ellos el Dr. Carlos Calderón Llantén, que como se dijo estaba inhabilitado por haber sido miembro del Consejo Directivo durante ese período, y el Dr. José William Garzón Solís, quien terminaría elegido.

Allí mismo la representante del Ministerio aludido llamó telefónicamente al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, Dr. Fernando Grillo Rubiano, quien por altavoz leyó a los asistentes el proyecto de decreto aludido.

9.- Como efecto de lo anterior se dio *“existencia y validez a un proyecto de Decreto”*, ya que la mayoría aprobó la suspensión de la sesión extraordinaria del Consejo Directivo del 21 de diciembre, continuándose el 23 de los mismos, aplicando el Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 que facultó bajar el puntaje mínimo a 60 ó iniciar de nuevo el proceso de selección. La aplicación de esta norma resulta ilegal, dice el accionante, porque la convocatoria se había hecho con dos meses de antelación, ninguno de los aspirantes superó el puntaje mínimo requerido, debiendo declararse desierto el concurso, y porque consultadas las páginas Web de la Imprenta Nacional, Presidencia de la República, Ministerio del

Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y el portal de Google, a eso de las 8:30 a.m., no existía constancia de la publicación del decreto.

10.- El Consejo Directivo de la C.V.C., el 26 de diciembre de 2006, designó como su Director General al Dr. José William Garzón Solís, para el período enero 1 de 2007 a diciembre 31 de 2009, con 8 votos a favor y 3 abstenciones (Acuerdo CD-072/2006).

1.- Dicha persona tomó posesión del cargo ante el Notario 7º del Circuito de Cali, debido a que el Gobernador no lo posesionó por haber sido notificado de dos acciones de tutela, que como medida transitoria ordenaron la suspensión del proceso de selección y la posesión del Director.

5.- Normas violadas y concepto de la violación

Como normas infringidas se citan los artículos 2, 6, 13, 29, 40 num. 1, 2 y 7, 83 y 209 de la Constitución. Los artículos 3, 36, 43 a 48, 152 num. 2 del Código Contencioso Administrativo. Los artículos 1 a 3 del Decreto 2011 de 2006. Y los artículos 2 y 3 del Decreto 3685 de 2006. La fundamentación del concepto de violación se hace a través de los siguientes acápite:

a.- Expedición del Acuerdo CD-045 del 20 de octubre de 2006: Reitera aquí el libelista las razones de ilegalidad arriba expuestas, consistentes en que el único titular de la potestad reglamentaria es el Presidente de la República y que por ello el Consejo Directivo de la C.V.C. no estaba facultado para expedir el mencionado acuerdo. Además, porque incluyó como requisitos la presentación de antecedentes disciplinarios, fiscales y judiciales que según el artículo 1 de la Ley 190 de 1995 se presentan sólo al momento de la posesión; de igual forma porque en el artículo 17 del acuerdo se estableció una entrevista a practicar por los integrantes de ese Consejo Directivo y porque el artículo 21 se le dio status mayor al acuerdo respecto de la ley. Y, por último, porque el acuerdo fue expedido por la representante del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial actuando como presidenta del Consejo Directivo, cuando esa atribución la tiene el Gobernador o su delegado, autoridad ésta que en ningún momento la extendió delegación al efecto.

b.- La Convocatoria Pública: En la convocatoria la C.V.C. anunció que el proceso de selección se regiría por el Acuerdo CD-045 de 2006, desconociendo que en realidad se rige por el Decreto 2011 de 2006. Se vulnera el inciso 5 del artículo 2 de esta norma cuando se menciona la entrevista adicional pero no se define su valor o puntaje, lo cual desconoce la obligación de tener información completa.

c.- El Proceso Público de Selección: Además de reiterar los hechos, que no viene al caso repetirlos en esta oportunidad, precisa como argumentos adicionales de las supuestas irregularidades del proceso de selección: (i) No se dio a conocer la razón de la inadmisión a los aspirantes, quienes no tenían derecho a interponer recursos contra esa decisión; (ii) La reducción del puntaje mínimo aprobatorio del proceso de selección que se hizo a través del Decreto 4523 de 2006, viola el principio de la buena fe (Art. 83 C.N.), los principios que rigen la actividad administrativa (Art. 209 Ib), los derechos fundamentales al debido proceso (Art. 29 Ib), a la igualdad (Art. 13 Ib) y al trabajo (Art. 25 Ib).

Insiste en que dicha medida no premia el mérito porque la selección termina recayendo en una persona que no obtuvo el puntaje mínimo aprobatorio (70). El Decreto 4523 de 2006 se aplicó retroactivamente porque el proceso de selección había finalizado al ningún aspirante haber alcanzado dicho puntaje. Por último, la elección del Director se produjo a pesar de la oposición de algunos consejeros y contrariando lo dispuesto en el artículo 36 del C.C.A., porque la potestad reglamentaria se empleó *“sin sujeción al criterio del buen servicio ya que no hubo proporcionalidad entre la decisión y los hechos que le sirvieron de causa”*.

II.- LOS COADYUVANTES

Intervino oportunamente en dicha calidad la señora Yadira Castillo Meneses, quien dijo solamente aportar algunos documentos a ser tenidos en cuenta al decidir la suspensión provisional.

Igualmente se aceptó la participación del señor William Hurtado Rodríguez, quien además de apoyar las pretensiones de la demanda, acompaña un documento con 52 irregularidades para que sean valoradas, en especial algunos títulos universitarios obtenidos por el demandado en el exterior que según él no han sido convalidados por las autoridades nacionales.

III.- LA CONTESTACIÓN

El Dr. José William Garzón Solís contestó oportunamente la demanda asistido por abogado titulado, oponiéndose a sus pretensiones. En cuanto a la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 4523 de 2006 la considera infundada, en la medida que el principio del mérito no resulta afectado cuando se da la opción de iniciar nuevo proceso de selección o bajar el puntaje mínimo aprobatorio de 70 a 60, puesto que lo último busca la selección del Director General entre quienes participan en ese proceso. Respecto de la excepción de ilegalidad del Acuerdo CD-045 de 2006, también es infundada porque la C.V.C., en tanto organismo autónomo, pueden desarrollar y optimizar los procesos de selección, observando siempre los lineamientos constitucionales y legales, pero especialmente porque los actos generales dictados por el gobierno nacional deben ser concretados.

En cuanto a los hechos dijo que admitía como ciertos del primero al tercero, el décimo y el once. No es cierto el cuarto. Y los demás deben probarse. Respecto del capítulo de normas violadas y concepto de la violación expuso las siguientes apreciaciones:

El actor no precisó ninguna causal especial (Arts. 223 y 228 C.C.A) o genérica (Art. 84 ib) de nulidad del acto acusado, pues se funda en supuestas irregularidades del proceso de selección. Cuando la nulidad se finca en lo último, es necesario demostrar la ocurrencia de violación de formalidades sustanciales; empero, en el sub lite lo ocurrido fue exactamente la adecuación de tal proceso a las normas pertinentes, en especial del decreto del gobierno nacional, empleando para ello las competencias estatutarias del Consejo Directivo. La aplicación retroactiva del Decreto 4523 de 2006, que el actor muestra como irregular, no lo es, ciertamente porque está permitida por el artículo 53 de la Constitución y el artículo 2 de la Ley 153 de 1887 al tratar de la aplicación de la ley más favorable (Cita apartes de las sentencias T-1268 de 2005, T-290 de 2005 y SU-1185 de 2001 de la Corte Constitucional). Además, no se presentó aplicación retroactiva del decreto porque el acto acusado se expidió el 26 de diciembre en tanto que el decreto lo fue el 22 de los mismos.

Insiste en que el principio de la interpretación normativa más favorable refuerza la legalidad de la elección realizada, en especial porque el demandado fue el aspirante que obtuvo el mayor puntaje en las distintas pruebas (60.06), siendo legítimo que el Consejo Directivo de la C.V.C., optara por continuar el concurso

con aquellos aspirantes que habían obtenido al menos 60 puntos, como así lo permite el artículo 1 del Decreto 4523 de 2006. Esta norma, que se presume legal y no ha sido suspendida ni anulada por la jurisdicción, fue aplicada al caso debatido, resultando necesario que se aplique la Prejudicialidad en atención a que su control de legalidad lo está adelantando la Sección Primera de esta corporación (En refuerzo de su tesis cita apartes del auto dictado en enero 23 de 2007 por la Sección Cuarta, expediente 15021).

Aduce el libelista que la reducción del puntaje mínimo aprobatorio según el artículo 1 del Decreto 4523 de 2006 se ajusta a los criterios de ponderación y razonabilidad. El puntaje mínimo de 70, frente a los 77 puntos máximos posibles, equivalen a un 90% del último, de modo que los 60 puntos corresponden a un 77% del total. Por tanto, los 66.06 puntos obtenidos por el demandado corresponden a un 85.7%, lo cual lo ubica como el mejor de esa fase y el de mayor idoneidad para ocupar el cargo de Director (Cita apartes de la sentencia C-022 de 1996 de la Corte Constitucional). Enseguida aduce:

“En consecuencia, la proporcionalidad que caracteriza la disposición del artículo 1 del Decreto 4523 de 2006, expedido por el Gobierno Nacional, cumple con los requisitos de la misma dentro de un campo de razonabilidad, pues el supuesto trato desigual no vulnera en sentido alguno el derecho de igualdad, porque no se afectan principios o valores constitucionales, toda vez que se han adecuado los medios para llevar a cabo el fin legítimo de escogencia de los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales”

Ninguno de los principios constitucionales citados con la demanda resultó vulnerado con la elección acusada, ya que los aspirantes pudieron presentarse en igualdad de condiciones y las reglas del proceso de selección se fijaron desde un comienzo. El debido proceso tampoco se vulneró, dice el libelista, porque el proceso de selección se cumplió con sujeción a las normas pertinentes, y si alguno de los participantes consideraba lo contrario ha debido acudir a los recursos respectivos. En lo demás el escrito no hace cosa distinta a insistir en la validez de lo actuado, reiterando que el proceso se ajustó a los parámetros normativos señalados.

El apoderado cuestiona el ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, puesto que así se ha minado la autonomía de esas corporaciones, con efectos nocivos en el proceso de selección de su Director que

se ha vuelto algo intrincado y lleno de obstáculos, cuando se había concebido como un acto discrecional de los Consejos Directivos. Y, finaliza arguyendo:

“...me parece recomendable destacar que la razonabilidad y la proporcionalidad de la medida contenida en el decreto 4523 de 2006 se hace más evidente en la CVC en consideración a que allí se dispuso inicialmente que el puntaje mínimo de 70, que exige el decreto 2011 de 2006 y que todas las demás CAR lo aplicaron respecto de 100 puntos, se aplicara sobre un total de 77 puntos. Y, a lo anterior se le debiera complementar con la recordación de que el doctor Garzón no sólo (sic) ocupó el primer puesto en las dos oportunidades en que se hicieron las pruebas en este proceso; sino que igualmente ocupó el primer lugar hace tres años cuando se realizó el primer proceso público abierto para seleccionar director de la CVC.

Lo anterior podría llevar a que el Consejo de Estado aplique para esta clase de asuntos la tesis que aplica en otros temas electorales, consistente en que no hay lugar a declarar la nulidad de una elección, cuando no obstante existir irregularidades en su realización, el resultado no sufriría eventualmente variación, pues de todas formas siempre quien ocupó el primer lugar en las distintas pruebas fue el mismo que resultó elegido”

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado judicial del demandado presentó sus alegatos finales reiterando, en términos generales, que la elección acusada se ajustó a derecho, dado que la convocatoria se publicó en el Diario El País y la página Web de la C.V.C. La elección no depende solamente de los méritos de los aspirantes, ya que el Consejo Directivo está en libertad de elegir al Director de entre los aspirantes que hayan superado las pruebas. Insiste en que los distintos pasos se surtieron conforme a las normas pertinentes, permitiendo la participación libre de los interesados, con la transparencia debida.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado (e) recomendó declarar la nulidad del acto demandado. Los argumentos esgrimidos se resumen en los siguientes términos:

Tras presentar una síntesis de las distintas irregularidades denunciadas con la demanda, se anunció que el Acuerdo CD-045 de 2006, que reguló el proceso de selección del Director de la C.V.C., viola los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 2011 de

2006 (transcribe estas normas así como los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 3685 de 2006 y los artículos 1 y 2 del Decreto 4523 del mismo año, todos expedidos por el Presidente de la República). En cuanto al haberse exigido documentos adicionales a los previstos en el Decreto 2011 de 2006 y diferentes a los señalados en el artículo 21 del Decreto 1768 de 1994, sostuvo la colaboradora fiscal que en el aviso de convocatoria se exigieron únicamente los requisitos previstos en la última norma; aclara que unos son los requisitos para desempeñar el cargo y otros los documentos pedidos como anexos de la hoja de vida de los aspirantes al cargo, los que estaban especificados en la convocatoria, circunstancia que *“buscaba que quienes aspiren al cargo sean personas intachables, sino que además, cuenten con las calidades y condiciones que se exige para el ejercicio de todo cargo público; requisitos que en sentir de esta Delegada no vulneran los principios de igualdad, debido proceso y de la función administrativa”*.

Según el informe presentado por la Universidad Javeriana al Consejo Directivo de la C.V.C. de los 41 aspirantes sólo fueron admitidos 10, lo cual pudo obedecer a la dispersión normativa. El 28 de noviembre se entregó el informe de resultados de los puntajes obtenidos por los aspirantes, siendo insuficiente, lo que dio lugar a recomendar declarar desierto el proceso de selección, pero el Consejo Directivo decidió continuarlo y tramitar las reclamaciones formuladas. A raíz de las reclamaciones nuevamente se convocaron 30 personas a presentar las pruebas y entrevistas, concurriendo apenas 20, cuyos resultados fueron informados por la Universidad Javeriana al Consejo Directivo el 21 de diciembre de 2006. Frente a lo último adujo el Ministerio Público:

“Como se observa, con dicho proceder se subsanó, lo que en sentir del actor, constituía una violación al debido proceso y al principio de igualdad, pues con ello, se dio la oportunidad de que las personas rechazadas por no haber anexado la documentación relacionada con antecedentes disciplinarios judiciales, o certificaciones laborales, fueran admitidas y presentaran las pruebas relacionadas con el proceso de escogencia; no obstante como se indicó de manera antecedente, en sentir de esta Delegada la solicitud de antecedentes no vulneraban los principios y normas que cita el actor”

En lo que respecta a la entrevista adicional efectuada por los miembros del Consejo Directivo, no se consideró ilegal, pues en desarrollo de su autonomía la C.V.C. estaba habilitada para ello, precisamente por ser de su competencia la designación del Director General. Además, si bien el artículo 3 del Decreto 3685 de 2006, modificadorio del Decreto 2011 del mismo año, señala que la designación

del Director se hará entre los candidatos que hayan superado el proceso, *“ello no obsta para que de dicha lista, el Consejo Directivo escoja al candidato que en su sentir, sea el más idóneo..., atendiendo la aplicación de una entrevista que se sumaría al puntaje obtenido por los candidatos puestos a su consideración, dada, se reitera, la autonomía y facultad nominadora que posee”*.

En cuanto a la expedición irregular del acto por falta de competencia, al haber sido expedido por la Delegada del Ministerio del Medio Ambiente, encontró el Ministerio Público que el Acuerdo 045 de 2006 y la convocatoria pública fueron suscritas por dicha autoridad como Presidenta del Consejo Directivo, sin que tuviera atribuciones para ello puesto que en la Resolución 085 de 1990 –Estatutos de la C.V.C.-, quien preside el Consejo Directivo es el gobernador o quien este delegue y en el proceso no hay prueba que demuestre que dicha funcionaria haya recibido delegación para su proceder. Por ello, esta imputación prospera.

Con relación a la excepción de inconstitucionalidad invocada frente al Decreto 4523 de 2006, que dio la opción, cuando ninguno de los aspirantes haya superado los 70 puntos previstos en el Decreto 2011 de 2006, de iniciar nuevo proceso de selección o bajar a 60 el puntaje exigido, consistente en haber entrado en vigencia a partir de su expedición, la Procuraduría Delegada no lo consideró así porque la regla general es que los actos administrativos entran en vigencia a partir de la fecha de su expedición, careciendo de efectos anulatorios lo concerniente a su publicación, pues a través de ello se busca su conocimiento por los administrados. Finalmente colige:

“..., habiéndose determinado en el decreto 4523 de diciembre 22 de 2006, el momento a partir del cual empezaba a regir, y habiéndose igualmente publicado en el Diario Oficial, el día 22 de diciembre de 2006, su obligatoriedad comenzaba a surtir efectos, a partir del momento mismo de su publicación; lo cual quiere decir que no es cierto que el mismo Decreto se haya aplicado retroactivamente como lo señaló el actor, ni que se hiciera efectivo con anterioridad a su publicación”

V. EL TRÁMITE DE INSTANCIA

La demanda se presentó en la Secretaría de la Sección el 12 de enero de 2007, siendo admitida con auto del 25 de enero de 2007 proferido por la Sala, en el que además se negó la suspensión provisional solicitada. El recurso de reposición interpuesto contra la negativa de la medida cautelar lo resolvió la Sala con auto del

19 de abril de 2007, una vez se constató en el expediente la notificación del accionado, en forma adversa a lo pedido. Posteriormente se dictó el auto del 4 de mayo del año en curso decretando las pruebas solicitadas por las partes, siéndole negada a la accionante la práctica de los testimonios pedidos. Contra lo último se formuló recurso ordinario de súplica, el cual se negó con auto del 7 de junio de 2007. Mediante auto del 27 de junio se admitió como tercero interviniente al señor William Hurtado Rodríguez y se ordenó requerir a la C.V.C. el aporte de los documentos pedidos a título de pruebas. Finalmente se profirió el auto del 12 de julio del año que avanza ordenando correr traslado a las partes por el término común de 5 días para que presentaran alegatos de conclusión y vencido éste entregar el expediente al agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo en un término no mayor de 10 días. Cumplido lo anterior ingresó el expediente al Despacho para dictar fallo de única instancia, a lo cual procede la Sala.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 36; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la Prueba del Acto Acusado

Con copia auténtica del Acuerdo CD-071 del 26 de diciembre de 2006, expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca –CVC-, se acreditó la designación del Dr. JOSÉ WILLIAM GARZÓN SOLÍS como su Director para el período comprendido entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2009 (fl. 1 C.1).

3.- Cuestiones Previas

Antes de abordar los temas medulares de la acción de nulidad electoral que atrae la atención de la Sala, se despacharán los temas relativos a la prejudicialidad

propuesta por el mandatario judicial de la parte demandada, las imputaciones que un sector de los coadyuvantes presentó con su escrito de intervención, las solicitudes de nulidad propuestas por el demandado y por su apoderado, y la intervención recientemente formulada por el coadyuvante Bravo Borda.

3.1.- Prejudicialidad

El apoderado judicial de la parte demandada, con su escrito de contestación propuso tomar en consideración *“la Prejudicialidad en la medida que en este momento dicha norma [Decreto 4523 de 2006] es objeto de control judicial de legalidad por parte de la Sección Primera del Consejo de Estado, y hasta que dicha Sección no emita un pronunciamiento de mérito sobre el particular, corresponde a la Sección Quinta aguardar para de acuerdo con la decisión que se adopte encaminar la resolución de casos como el presente”*. Ante dicho planteamiento, debe la Sala establecer si este tipo de acciones públicas admite la posibilidad de suspensión procesal por prejudicialidad.

La suspensión del proceso por prejudicialidad es institución ajena al Código Contencioso Administrativo, toda vez que su regulación descansa en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, que en lo atinente al tema planteado contiene la siguiente prescripción:

“Artículo 170. Suspensión del proceso. (Mod. Dto. 2282/1989 art. 1 num. 88) El juez decretará la suspensión del proceso: (...)

2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, **o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo**, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley” (Negritas de la Sala)

No hay duda que la norma anterior contiene una prescripción con visos de regla general, consistente en que dentro de aquellos procesos adelantados ante esta jurisdicción en que se discuta la legalidad de un acto administrativo de contenido particular y concreto, es jurídicamente viable decretar la suspensión del proceso por prejudicialidad con relación a otro proceso contencioso administrativo. Sin embargo, escudriñando en el ordenamiento jurídico como un todo, esto es acudiendo a una interpretación sistemática de las normas jurídicas que guardan

relación con el contencioso de nulidad electoral, se advierte que éste proceso está exceptuado de la aplicación de tal regla general porque en esa dirección apunta la intención del legislador.

En efecto, el principio de integración normativa del Código Contencioso Administrativo está contemplado en su artículo 267, en los siguientes términos:

“Artículo 267.- En los aspectos no contemplados en este Código se seguirá el Código de Procedimiento Civil **en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo**” (Negrillas de la Sala)

Además de reconocer la norma anterior que esa codificación carece de todas las herramientas procedimentales necesarias para atender los diferentes problemas jurídicos que eventualmente puedan surgir en el curso de la actuación, de igual modo está diciendo que esos vacíos han de llenarse acudiendo a las instituciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil, lo cual no ocurre de manera automática e irrestricta sino que ha de ser el resultado de un proceso inferencial apoyado en un criterio objetivo consistente en la compatibilidad de la integración normativa con la naturaleza de las acciones contenciosas de que se trate.

Es decir, el legislador facilitó la integración normativa del código contencioso administrativo con su par de procedimiento civil, pero claramente dispuso que ello solamente sería posible a condición de que las instituciones procedimentales fueran compatibles con la naturaleza de la acción a que eventualmente sirvan. Es decir, compete al juez de lo contencioso administrativo hacer una valoración en torno a la naturaleza de la acción de que conoce para establecer si a sus fines se aviene el dispositivo procedimental que quiere integrarse, pues de resultar que no lo es, por una razón legítima y adecuada, el operador jurídico sólo puede abstenerse de ello y continuar con el curso normal del proceso. Así, la tarea que sigue es descubrir la naturaleza jurídica del proceso de nulidad electoral, para luego cotejarla con los efectos de la suspensión procesal por prejudicialidad, a fin de establecer su compatibilidad o no.

El proceso electoral se regula por lo dispuesto en el Capítulo IV del Título XXVI que trata de los Procesos Especiales, y goza de una condición especial por su objeto y por su estructura procedimental. En cuanto a lo primero, porque a través de él se puede juzgar la legalidad del *“acto por medio del cual se declara la*

elección o se haya expedido el nombramiento” (C.C.A. Art. 136 num. 12), es decir que su objeto comprende uno de los elementos más sensibles de la democracia Colombiana como es la integración del poder político por medio de las elecciones populares, las cuales sirven para la escogencia directa de autoridades como el Presidente y Vicepresidente de la República, los Congresistas, los Gobernadores, los Diputados, los Alcaldes, los Concejales municipales y distritales, los Miembros de las Juntas Administradoras Locales y eventualmente los miembros de la Asamblea Constituyente (C.N. Art. 260).

Por los altos intereses que involucra el proceso electoral, cuya vigencia mantiene en tela de juicio la legitimidad de esas autoridades públicas de elección popular, es que puede considerarse que se trata de una acción especialísima, que ha sido vista por el legislador con especial interés en que la seguridad jurídica que brindan los fallos judiciales llegue lo más pronto posible, sin dilaciones injustificadas, como así lo ratificó el propio constituyente al expedir el Acto Legislativo 01 de 2003, ya que con su artículo 14, además de introducir algunas modificaciones al artículo 264 de la Constitución, consagró unos términos perentorios e improrrogables para la toma de decisiones en el proceso electoral, el cual debe fallarse en el término máximo de seis meses cuando se conozca en única instancia y en un año cuando su conocimiento sea en primera instancia.

Además, la composición estructural del proceso electoral refleja igualmente que se trata de una actuación constituida por etapas o fases procesales regidas por términos verdaderamente cortos en comparación con los términos que dentro del mismo código han sido previstos para el proceso ordinario, como así lo advirtió esta Sección al cotejar la acción de nulidad electoral con la acción de nulidad simple:

“El Proceso Especial Electoral, a diferencia del Proceso Ordinario, se diseñó sobre la base del principio de celeridad reforzada, representado en términos verdaderamente cortos para adelantar su trámite, como en efecto se puede constatar con: (i) el término de caducidad de 20 días (Art. 136 num. 12), totalmente opuesto a la ausencia de caducidad del proceso de nulidad simple (Art. 136 num. 1); (ii) el término de 2 días para corregir la demanda (Art. 230), que difiere de los 5 días de que dispone el actor para corregir la demanda en el proceso ordinario (Art. 143 inc. 2); (iii) la improcedencia de recursos contra el auto admisorio del proceso electoral (Art. 232 inc. 2), que no opera frente al proceso ordinario; (iv) el término común de 5 días para alegar de conclusión en

el proceso electoral (Art. 236), duplicado en el proceso ordinario (Art. 210 inc. 1)”¹

Ahora bien, efecto inmediato de acoger la prejudicialidad administrativa propuesta sería la suspensión del proceso en espera de que se produzca la decisión judicial del acto administrativo enjuiciado en la acción contenciosa respectiva. Según lo dispuesto en el artículo 172 del C. de P. C., la reanudación del proceso suspendido puede ocurrir por dos razones: (i) porque se presente copia auténtica de la providencia ejecutoriada que puso fin al proceso que propició la suspensión ordenada, y (ii) porque, en ausencia del anterior presupuesto, han pasado más de tres años desde que se decretó la suspensión procesal, evento que habilita reanudar el proceso a petición de parte o de oficio por el operador jurídico.

En la práctica, de acogerse el planteamiento de la parte demandada, consistente en que se acuda a la institución procesal civil de la suspensión del proceso por prejudicialidad administrativa, el proceso electoral no pasaría de ser una acción inocua, ya que partiendo del supuesto de que el período de las distintas autoridades elegidas popularmente no supera los cuatro años, bastaría que los interesados acudieran a dicho mecanismo procesal para que el expediente permaneciera inactivo por lo menos tres años, de suerte que cuando finalmente se fallara la respectiva acción pública la sentencia anulatoria sería ineficaz por agotamiento del período de la autoridad cuya elección es objeto de enjuiciamiento.

Los argumentos hasta el momento esgrimidos son suficientes para demostrar que la institución procesal civil de la suspensión procesal por prejudicialidad no es compatible con la naturaleza del contencioso de nulidad electoral y que en esa medida la petición que al efecto se formule sólo puede ser desestimada, como ya lo había advertido la Sección en oportunidad anterior:

“Uno de esos procesos especiales, a no dudar, es el contencioso electoral regulado en el capítulo IV del Título XXVI del libro Cuarto del código contencioso administrativo (artículos 223 a 251), el cual se caracteriza por la celeridad que ha de imprimirse a su trámite y decisión, explicado en que el legislador quiso que la pureza de las instituciones democráticamente constituidas se definiera jurisdiccionalmente en el menor tiempo posible, con decisiones judiciales que se adoptaran dentro de términos breves.

¹ *Auto del 29 de junio de 2007. Expediente: 110010328000200600013-00. Actor: Manuel Alberto Morales Támara. Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento del Guaviare.*

El propósito de que esas decisiones se profieran con celeridad se advierte en la regulación misma del proceso electoral, ya que allí, en el inciso 2º del artículo 242 se dispuso: “*En los procesos que se refieren a elecciones de corporaciones públicas de origen popular, **por ningún motivo podrán prorrogarse los términos***” (Resalta la Sala), y en el inciso final del mismo precepto se dispuso: “*Vencido el término para alegar no se admitirá incidente alguno distinto al de recusación, si el magistrado hubiere comenzado a conocer después de aquél, y de nulidad, por falta de competencia sobre el cual, una vez decidido, no cabrá recurso*”. Como si fuera poco, el parágrafo del artículo 264 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003 artículo 14, señala: “*La jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año. En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses*”.

Es decir, tanto a nivel constitucional como legal la naturaleza del proceso electoral es inconfundible, se trata de un proceso que debe resolverse en términos muy cortos, y por lo mismo, es dable afirmar que su naturaleza es incompatible con la institución de la suspensión procesal, por cuya virtud un proceso puede estar suspendido hasta tres años, en espera de la decisión que se profiera dentro del proceso del cual penda (C. de P. C. Art. 172 modificado Decreto 2282 de 1989 artículo 1º numeral 88), situación inadmisibles al primer golpe de vista en tratándose del contencioso electoral, que por supuesto no puede esperar tanto tiempo a que se resuelvan temas tan delicados como la validez de los actos electorales, que por cierto tienen vigencia limitada y precisada en el mismo acto, siendo de corta duración, lo cual hace, además, inconveniente la medida de suspensión procesal por Prejudicialidad.

Al ser incompatible la institución jurídica de la suspensión procesal con la naturaleza del proceso de nulidad electoral, es claro que el principio de integración normativa plasmado en el artículo 267 del C.C.A., no aplica al sub lite, conllevando a que la prejudicialidad planteada no sea de recibo^{2,3}.

Así las cosas, la solicitud de suspensión procesal mientras se falla por la Sección Primera de esta Corporación el proceso de nulidad simple presentado en contra del Decreto 4523 de 2006, expedido por el Presidente de la República, será denegada. Además, porque la parte interesada no acreditó la existencia de dicha acción y porque las pretensiones anulatorias del presente asunto no se fincan exclusivamente en la excepción de inconstitucionalidad de dicho decreto, sino que también comprenden razones de ilegalidad del Acuerdo CD-045 de 2006 expedido

² Sobre el particular se puede consultar Sentencia del 8 de mayo de 2002, proferida dentro del expediente No. 44001-23-31-000-2001-0453-02 (2784); actor: Miladis Murillo Carrillo; demandado: Alcalde del Municipio de Hatonuevo; Consejero Ponente Dr. Roberto Medina López.

³ Sentencia del 17 de marzo de 2005. Expediente: 3516. Actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona. Demandados: Diputados de Norte de Santander.

por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - C.V.C.

3.2.- Poderes de los Terceros Intervinientes

Tanto la interviniente Yadira Castillo Meneses (fls. 150 a 170 C.1) como el interviniente William Hurtado Rodríguez (fls. 310 a 315 y 384 y 385 C.1), asisten al proceso con la finalidad de apoyar las pretensiones anulatorias de la demanda, planteando adicionalmente irregularidades nuevas o que no fueron consideradas por el accionante Wilson Ruiz Orejuela en su demanda de nulidad electoral; es decir, están proponiendo cargos nuevos o diferentes de los propuestos con el libelo inicialista.

Señala el artículo 235 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 59, que *“En los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como parte para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda”*. Por el carácter público de la acción de nulidad electoral, la que puede ser promovida por cualquier ciudadano (C.N. Art. 40 num. 6), es que el legislador ha prescrito que dentro de dichas acciones puedan intervenir personas diferentes del accionante y de los demandados, bien para defender la legalidad del acto administrativo sometido a discusión o ya para apoyar las súplicas de la demanda, adquiriendo por esa intervención la calidad de parte.

Empero, los terceros intervinientes que acuden a prohijar las súplicas de la demanda sólo pueden hacer eso y nada más. Exponer argumentos de refuerzo a los cargos planteados, pero no formular nuevas imputaciones, en atención a que ello desarticularía el proceso electoral, dado que ante la posibilidad de que esas intervenciones puedan ocurrir *“hasta cuando quede ejecutoriado el auto que orden el traslado a las partes para alegar”*, las múltiples participaciones de esos ciudadanos podría llevar a que el contencioso de nulidad electoral se hiciera interminable porque cada que un interviniente llegara con nuevos cargos, deberían dársele en traslado a la parte accionada, retrotrayendo la actuación a etapas iniciales como la *litis contestatio* para asegurar el derecho a la defensa del sujeto pasivo de la acción.

Tal posibilidad, además de reñir con la naturaleza especial del contencioso de nulidad electoral, resulta igualmente inadmisibile en atención a que el poder de

reforma que sobre la demanda se tiene, lo ostenta única y exclusivamente el ciudadano que la haya formulado, sin que del mismo puedan apoderarse los terceros intervinientes, que como se ha dicho insistentemente, en torno a ella sólo pueden apoyarla o prohijarla.

Este tema ha sido igualmente decantado por la jurisprudencia de la Sección, que al efecto ha dicho:

“Así, compete a la Sala determinar si a dicho sujeto procesal –tercero interviniente-le está legalmente permitido introducir reformas o adiciones la demanda a la cual adhiere.

La respuesta se advierte, prima facie, en el propio tenor literal del artículo 235 del C.C.A., cuando allí se autoriza ese tipo de tercerías: *“En los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como parte **para prohijar u oponerse a las peticiones de la demanda**. Las intervenciones adhesivas sólo se admitirán hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar. En estos procesos ni el demandante ni los intervinientes adhesivos podrán desistir”* (Resalta la Sala). Existen para el tercero interviniente algunas limitantes en el ejercicio de su derecho a participar en la suerte de las acciones públicas de naturaleza electoral, unas de naturaleza temporal en la medida que ese derecho es igualmente preclusivo o responde al principio de la eventualidad, al poderse utilizar solamente hasta cuando cobre firmeza el auto por medio del cual se corre traslado a las partes para alegar de conclusión; también tiene una limitación de tipo sustancial en atención a que si bien el tercero puede sumarse a cualquiera de las posiciones de los litigantes, lo hace con relación *“a las peticiones de la demanda”*.

Implica lo anterior, que bien para coadyuvar o bien para oponerse, el tercero que decide concurrir al proceso electoral lo hace sujeto a las pretensiones de la demanda, de modo que si se asume la posición de coadyuvante debe tomarlas como fueron propuestas, sin que le esté permitido entrar a modificarlas, ora corrigiéndolas o ya adicionándolas. Esta tesis resulta coherente con el diseño mismo que el legislador extraordinario le dio al proceso electoral, caracterizado por la preclusividad y celeridad, pues de llegarse a admitir la posibilidad de que el coadyuvante pueda adicionar el petitum de la demanda se haría de un proceso especial uno ordinario, en atención a que dichas intervenciones retrotraerían el trámite del proceso haciendo que estando para alegar de conclusión se regresara a la fase probatoria por las pruebas que eventualmente solicitara el tercero interviniente con miras a demostrar sus nuevas acusaciones.

.....

Además, el poder de reforma de la demanda lo reservó el legislador extraordinario exclusivamente a la parte demandante, según se logra deducir del artículo 230 del C.C.A., modificado por la Ley 96 de 1985 artículo 66, posición entendible si se atiende que conferirle esa facultad

a quien puede venir a coadyuvar la demanda hasta antes que quede en firme el auto que corre traslado a las partes para alegar, irrumpiría en el término de caducidad de la acción, al permitirse la formulación de nuevos cargos cuando legalmente el derecho de acción se ha extinguido. En definitiva, el reparo planteado por el coadyuvante no será estudiado en esta demanda, cuyos cargos serán examinados a continuación”⁴

Con fundamento en lo dicho, la Sala tan solo atenderá los cargos planteados con la demanda, sin tomar en consideración los que se propusieron por los terceros intervinientes.

3.3.- Solicitud de nulidad del apoderado del demandado:

Con escrito radicado el 17 de septiembre de 2007 el apoderado judicial del demandado pidió decretar la nulidad de todo lo actuado “*a partir del auto de (sic) mediante el cual se declaró cerrada la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar*”, con fundamento en que si bien en el auto de pruebas se negó, por inconducente, la declaración de los integrantes del Consejo Directivo de la CVC, al cabo de la fase probatoria se evidencia, según él, la necesidad de dicha prueba para establecer las razones que tuvo cada uno de ellos para votar en el sentido que lo hizo; considera, por lo mismo, que esa situación configura la violación al debido proceso (art. 29 C.N.), pues debe ordenarse la práctica de dicha prueba.

Esta Sección participa de la idea de que la violación del debido proceso previsto en el artículo 29 superior debe sancionarse con la nulidad de la actuación respectiva, sólo que si el objeto de la anulación corresponde a una actuación procesal es necesario que la imputación se vincule con cualquiera de las causales de nulidad previstas en el artículo 140 del C. de P. C., puesto que el régimen de las nulidades procedimentales responde a los principios de taxatividad y especificidad, por virtud de los cuales “solamente”⁵ es nulo en todo o en parte el

⁴ Sentencia del 22 de marzo de 2007. Expedientes Acumulados: 4001, 4005, 4006, 4007, 4009 y 4010. Actor: Luís Oscar Rodríguez Ortiz y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca.

⁵ Frente a dicho principio sostuvo la Corte Constitucional, al estudiar la exequibilidad de esa expresión en el artículo 140 del C. de P. C., en Sentencia C-491 de 1995 que: “Es el legislador quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación

proceso cuando se presenta cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 140 señalado.

No resulta sostenible el planteamiento de que cualquier situación procesal diferente de las allí enlistadas pueda contribuir a la anulación total o parcial de una actual procedimental, pues además del desquiciamiento del orden jurídico, desconocería la primacía del principio de legalidad en materia jurisdicción, según el cual a los operadores jurídicos sólo les está permitido hacer aquello que el legislador autoriza, de suerte que las decisiones judiciales anulatorias únicamente pueden tener soporte en las causales que se citan.

Es posible acudir directamente al artículo 29 constitucional para sustentar una nulidad, pero ello tiene un campo verdaderamente restringido, como así lo determinó la Corte Constitucional al precisar la invalidez, de pleno derecho, de las pruebas obtenidas con violación de las garantías del debido proceso. En efecto, al respecto sostuvo al declarar la exequibilidad del artículo 140 *ibídem*:

“...además de dichas causales [art. 140 CPC], es viable y puede invocarse la prevista en el art. 29 de la Constitución, según el cual, "es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso", que es aplicable en toda clase de procesos”⁶

Ahora bien, la situación procedimental invocada por el solicitante en verdad ocurrió así: Con auto del 4 de mayo de 2007 la Consejera directora del proceso abrió el proceso a pruebas, decretando algunas y negando otras; entre las denegadas a la parte demandada se hallan los testimonios de cada uno de los integrantes del Consejo Directivo de la CVC, prueba que no se ordenó en consideración a que las pruebas idóneas eran las documentales. La decisión fue recurrida en súplica por el apoderado del demandado, recurso que desestimaron los demás integrantes de la Sección con auto del 7 de junio de 2007, que finalmente quedó en firme.

Se advierte así, que la petición de nulidad es manifiestamente infundada, que con lo relatado por el apoderado no se evidencia ninguna vulneración al debido proceso, pues contrario a lo sostenido la situación fue ampliamente debatida, al punto que la Sección encontró en su momento que la prueba testimonial era inidónea. Además, la situación no puede considerarse alterada con lo que pueda

regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas”

⁶ *Ibídem*.

resultar de las pruebas recabadas en la etapa procesal correspondiente, pues ello llevaría a la desarticulación del proceso electoral, pues de especial por su celeridad podría convertirse en ordinario por la indeterminación a que se vería sometido por la incertidumbre de las eventuales pruebas que deberían irse decretando a medida que nuevas pruebas arribaran al informativo. Es decir, se tendría un proceso dominado no por los términos dictados por el legislador sino por la discrecionalidad de las partes.

Por tanto, al no corresponder la situación expuesta por el apoderado a ninguna de las causales procesales del artículo 140 del C. de P. C., ni a la nulidad constitucional del artículo 29 ya que no estamos ante una prueba decretada con violación de las garantías procesales, sólo puede concluirse la improsperidad de la petición.

3.4.- Solicitud del demandado José William Garzón Solís:

Se apoya este sujeto procesal en el numeral 9 del artículo 140 del C. de P. C., para pedir la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda por no haberse vinculado desde ese entonces a los integrantes del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca (CVC), por ser los encargados de la elección acusada. Esa causal de nulidad consigna:

“Artículo 140.- Causales de Nulidad. (Mod. Dto. 2282/1989 art. 1 num. 80) El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...)

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, **que deban ser citadas como partes**, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley. (...)” (Negrillas de la Sala)

El debate se centra en establecer si, como lo propone el demandado, los integrantes del Consejo Directivo de la CVC deben ser citados como parte demandada en este proceso, dado el hecho de haber sido el órgano que expidió el acto que se acusa. La condición de integrante del extremo pasivo de la relación jurídico-procesal en el contencioso de nulidad electoral es un asunto reglado, no está a disposición del juez ni de los contendientes procesales determinar quiénes deben ser citados, necesariamente, como parte demandada.

El proceso electoral, que es de naturaleza especial, se rige en parte por lo dispuesto en el artículo 233 del C.C.A., donde con claridad se establece qué persona debe citarse al proceso en calidad de demandado. En efecto, en su numeral 3 se dice sobre el particular: *“Si se trata de nombrado o elegido por junta, consejo o entidad colegiada, se dispondrá notificarle personalmente el auto admisorio de la demanda”*. Y, en el inciso 2 del numeral 4 de la misma disposición se dispone: *“Si por virtud de la declaración de nulidad hubiere de practicarse nuevo escrutinio, se entenderán demandados todos los ciudadanos declarados elegidos por los actos cuya nulidad se pretende”*.

Dos situaciones diferentes ha previsto el legislador. Si como lo dice el primer precepto, el demandado es una persona que ha sido elegido por junta, consejo o entidad colegiada, el legítimo contradictor de la acción electoral es el beneficiario de esa elección o nombramiento, sin que se deban vincular en calidad de demandados a los integrantes del cuerpo colegiado que profirió el acto administrativo, lo cual no obsta para que si dicha entidad lo decide pueda concurrir al proceso, no en calidad de parte sino como tercero interesado en defender la legalidad de su decisión administrativa. La otra situación corresponde a aquellas en que la eventual decisión anulatoria pueda conducir a la práctica de nuevos escrutinios, Vr. Gr., las elecciones populares de miembros de asambleas departamentales que son anuladas por causales objetivas; bajo estos supuestos, como el escrutinio a realizar puede alterar el status de elegido de algunos de sus integrantes, a todos los miembros de la corporación se les debe considerar como legítimos contradictores y por lo mismo el proceso no puede adelantarse sin su necesaria comparecencia.

Como se podrá observar, los demandados en uno y otro caso sólo pueden ser las personas que han sido objeto de la elección o designación, bien se trate de elección o designación por parte de un cuerpo colegiado o ya de una elección de carácter popular, sin que tengan la calidad de parte demandada los funcionarios o entidades públicas que han expedido el acto administrativo, decisión legislativa que de seguro se explica en la necesidad de imprimirle celeridad al proceso electoral.

De acuerdo con los razonamientos expuestos hasta el momento es claro para la Sala que no se configura la causal de nulidad invocada directamente por el

demandado, ya que contrario a lo entendido por él, los integrantes del Consejo Directivo de la CVC no son legítimos contradictores en este proceso electoral, amén de que el extremo pasivo de la contienda está integrado por el sujeto legitimado para ello, como es el demandado.

Adicionalmente, de tenerse por cierto que los integrantes del Consejo Directivo de la CVC tienen la calidad de partes frente a la acción electoral en que se controvierta la legalidad del acto administrativo por medio del cual se elige a su Director General –tesis que no acepta la Sala-, no sería la parte demandada ni su apoderado los legitimados para alegarla, como en claro lo deja el artículo 143 del C. de P. C., modificado por el Decreto 2282 de 1989 artículo 1 numeral 83, al precisar que *“La nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada”*. Por tanto, se negará lo pedido.

3.5.- Solicitud de tercero interviniente:

La intervención del ciudadano Diego Bravo Borda en calidad de tercero opositor, como él mismo lo aduce, es manifiestamente extemporánea, pues de acuerdo con el artículo 235 del C.C.A., sólo podía hacerlo *“hasta cuando quede ejecutoriado el auto que ordene el traslado a las partes para alegar”*, momento procesal que ya tuvo lugar. Por ende, no se admitirá su participación como tercero.

4.- Los Cargos Formulados con la Acción de Nulidad Electoral

El ciudadano Wilson Ruiz Orejuela formula una serie de reparos contra la presunción de legalidad del acto administrativo por medio del cual se designó al Dr. José William Garzón Solís como Director General de la C.V.C., para el período comprendido entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2009, las cuales se agrupan en tres ítems: (i) Excepción de Inconstitucionalidad del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006, expedido por el Presidente de la República; (ii) Excepción de Ilegalidad del Acuerdo CD-045 del 20 de octubre de 2006, expedido por el Consejo Directivo de la C.V.C., y (iii) Irregularidades del Proceso Público de Selección. Así, la Sala abordará cada uno de los planteamientos formulados con los mismos, evaluando su existencia y su incidencia frente al acto enjuiciado.

4.1.- Excepción de Inconstitucionalidad del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 expedido por el Presidente de la República

El ciudadano Wilson Ruiz Orejuela planteó con su demanda la configuración de la excepción de inconstitucionalidad respecto del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 *“Por el cual se adiciona el Decreto 3685 de 2006”*, expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se dispuso:

“Artículo Primero.- Adicionar el siguiente inciso al Artículo 3º del Decreto 3685 de 2006:

Cuando quiera que, previa realización del proceso público abierto previsto en el Decreto 2011 de 2006 no sea posible la conformación de la lista de los candidatos más idóneos al cargo de Director General de una Corporación Autónoma Regional o de Desarrollo Sostenible, porque ninguno logre obtener un puntaje ponderado igual o superior a los 70 puntos, el Consejo Directivo de la respectiva Corporación, podrá decidir si se inicia nuevo proceso de selección para la designación del Director General de 1ª Corporación o si lo elige de la lista de candidatos que, surtido el proceso de selección, hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 60 puntos.

Parágrafo Primero.- En todo caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, el nuevo Director iniciará su gestión a partir del 1º de enero del primer año del respectivo período institucional.

Artículo Segundo.- El presente Decreto rige a partir de la fecha su expedición y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias”

El accionante encuentra que el anterior decreto es contrario al ordenamiento constitucional porque: (i) Se publicó el mismo día de su expedición; (ii) No podía aplicarse al proceso de selección de Director General de la C.V.C. porque ninguno había superado el puntaje mínimo requerido, desconociéndose así el principio de irretroactividad de las normas jurídicas; (iii) Se violó el principio del mérito al bajar el puntaje mínimo requerido de 70 a 60 puntos. Como soporte normativo de rango constitucional de los anteriores reparos se citan los artículos 2, 6, 13, 29, 40 num. 1, 2 y 7, 83 y 209 de la Constitución Política.

Antes de abordar cada una de las imputaciones formuladas por el accionante, es necesario recordar que pese a gozar las distintas normas del ordenamiento jurídico de la presunción de legalidad, que les viene directamente del principio de legalidad consagrado en el artículo 121 superior como que *“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la*

ley”, es decir de la presunción de que las distintas autoridades públicas obran en sus actuaciones institucionales con plena sujeción al ordenamiento jurídico, queda siempre abierta la posibilidad de que alguna de ellas no se ajuste con estrictez a los dictados de la Constitución Política, evento que de verificarse habilita a las autoridades a acudir a la excepción de inconstitucionalidad con asiento en el artículo 4 Constitucional que expresa:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades”

La primacía de la Constitución Política tiene asidero en el carácter normativo de la misma y de contera en su fuerza vinculante para las distintas autoridades y los particulares, la cual corresponde a la norma de normas y por ello debe servir de referente a toda la producción normativa del país, tanto aquella que emana del órgano legislativo, como de toda otra norma jurídica de rango inferior que sea proferida por cualquier autoridad de los niveles nacional, seccional o local, e incluso de aquellas entidades que fueron reconocidas como autónomas por la Asamblea Nacional Constituyente de 1991.

Así, por ser la Constitución Política la base fundamental del Estado Colombiano, es necesario que su protección esté asegurada de manera eficaz, lo cual si bien puede lograrse a través de la acción pública de inconstitucionalidad a cargo de la Corte Constitucional (C.P. Art. 241 num. 1), o de la acción de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno nacional atribuida al Consejo de Estado (C.P. Art. 237 num. 2), también se consigue a través de la excepción de inconstitucionalidad. Este mecanismo se caracteriza porque está a disposición de las autoridades públicas, las cuales sólo deben constatar la oposición entre una norma jurídica y la Constitución para resolver el conflicto a favor de la última inaplicando el precepto de inferior jerarquía, medida que a diferencia de las acciones arriba señaladas carece de efectos *erga omnes* debido a que sus implicaciones no rebasan los linderos del caso concreto, circunstancia que les atribuye apenas efectos *inter partes*.

Para la Corte Constitucional la excepción de inconstitucionalidad resulta aplicable bajo las siguientes apreciaciones:

“Ahora bien, la Corte ha sostenido que para que surja en el operador jurídico la facultad de aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad es menester que la incompatibilidad de la norma inaplicada con la Constitución política sea evidente. Es decir, es necesario que de una primera revisión surja para el intérprete la inequívoca conclusión de que la norma revisada se encuentra en contravía de los principios y mandatos Superiores”⁷

El primer reparo que se formula contra el Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006, se dirige contra presuntas irregularidades cometidas en su publicación, de la cual se dice haberse cumplido el mismo día en que se expidió. Al respecto se recaudó como prueba el oficio 1771 del 11 de mayo de 2007, emanado de la Oficina Asesora Jurídica de la Imprenta Nacional de Colombia, en el que se señala que *“la publicación del Decreto número 4523 del 2.006, [se surtió] en la edición del Diario Oficial número 46.490 con fecha del 22 de diciembre del 2.006”* (fl. 308 C.1). La afirmación del accionante ha sido acreditada dentro del plenario, pero debe aclararse que el planteamiento resulta del todo irrelevante para juzgar la constitucionalidad del decreto en cita, según pasa a explicarse.

La inconstitucionalidad de un decreto expedido por el Presidente de la República en ejercicio de su potestad reglamentaria (C.N. Art. 189 num. 11), puede verificarse, *mutatis mutandi*, por las mismas razones que la Corte Constitucional puede examinar las leyes de la República o los decretos expedidos en ejercicio de facultades extraordinarias, es decir *“tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación”* (C.N. Art. 241 nums. 4 y 5). Si se lee detenidamente la norma anterior y se somete esa lectura a la lógica, se podrá colegir que lo relativo a la publicación de las normas jurídicas no puede considerarse como una razón válida para deducir su inconstitucionalidad, puesto que la publicación no es un elemento de validez o de constitucionalidad de esas normas sino apenas un ingrediente que busca darle eficacia a la producción normativa, con el propósito de que sus dictados sean oponibles a todos.

La publicidad de las normas jurídicas no tiene la calidad de vicio en la formación de la norma respectiva, puesto que no es un paso previo que tenga que ver con la expedición de la misma, y mucho menos puede catalogarse como un defecto o contradicción en el contenido material de la norma, ya que no es por sus especificidades o por las materias allí reguladas que se plantea el reparo por el

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-221 del 23 de marzo de 2006. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

accionante, sino como se ha dicho, por una situación posterior como es la publicación del decreto expedido por el Presidente de la República.

Basta consultar lo previsto en el artículo 52 de la Ley 4 de 1913, para establecer que el requisito de la promulgación, consistente *“en insertar la ley en el periódico oficial”*, sólo cumple el papel de hacer obligatoria la ley –entendida en sentido material-, y que si bien existe la regla general de que la observancia de las normas principia dos meses después de la promulgación, también existe la excepción del artículo 53 de la misma ley, según la cual la vigencia de las normas puede contarse a partir del día señalado en la respectiva norma (num. 1).

Lo dicho hasta el momento es suficiente para colegir la improsperidad del reparo, pues como se dijo los eventuales vicios en la publicación de las normas jurídicas no afectan su validez, sino su eficacia u oponibilidad, vicios que dicho sea de paso no tuvieron lugar en el sub lite.

En segundo lugar, la excepción de inconstitucionalidad se apoya en el desconocimiento del principio de irretroactividad de la ley, puesto que la regulación del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 no podía aplicarse al proceso de selección adelantado por el Consejo Directivo de la C.V.C. para escoger a su Director General.

El fundamento constitucional de la no retroactividad de la ley –entendida en sentido material-, se halla en lo dispuesto en el artículo 29 cuando predica que *“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a **leyes preexistentes al acto que se le imputa**, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”*, y en lo normado en el artículo 58, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 1999, en cuanto consagra que *“Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, **los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”*** (Negrillas de la Sala). Es decir, la regla general constitucional es que las normas jurídicas producen efectos a partir de su vigencia, hacia el futuro, con lo cual se garantizan los derechos que en el entretanto hayan sido adquiridos o las situaciones jurídicas que se hayan consolidado, lo cual es prenda de garantía, además, de que la confianza legítima depositada por los asociados en tales situaciones no será traicionada.

Sin embargo, esta regla también presenta excepciones y corresponde precisamente a aquellos eventos en que la nueva regulación traiga condiciones más favorables para los asociados, lo cual está plenamente identificado en el ámbito penal donde la ley posterior favorable se aplicará de preferencia a la anterior que sea desfavorable. Con todo, más allá del terreno penal, la favorabilidad es una circunstancia que debe valorarse detenidamente, en atención a que los efectos no recaen ya sobre la libertad individual de las personas sino sobre otros bienes jurídicos frente a los cuales la consolidación de una situación puede hacer imposible la aplicación de reglas ulteriores favorables, por conducir al desconocimiento de valores constitucionales relevantes constitutivos del techo axiológico constitucional.

Es necesario distinguir, para efectos de precisión conceptual, que pese a la delgada línea que separa los derechos adquiridos de las situaciones jurídicas consolidadas, unos y otros ofrecen algunas diferencias que vale la pena apreciar. El derecho adquirido, como su nombre lo sugiere, se caracteriza porque luego del cumplimiento de algunas exigencias de orden formal o sustancial, la persona incorpora a su patrimonio un derecho personal o real, que así como lo puede hacer valer frente a una persona determinada, también lo puede invocar respecto de todo el mundo. Por el contrario, las situaciones jurídicas consolidadas, que si bien pueden guardar una relación de género a especie con los derechos adquiridos, se distinguen de éstos por sus efectos, ya que no sólo comprenden la incorporación de un derecho sino también el cumplimiento de unos trámites que bien pueden concluir en el agotamiento de un procedimiento en particular, sin que necesariamente como resultado del mismo se adjudique un derecho.

Así las cosas, es necesario recalcar que aquellas situaciones jurídicas que se hayan agotado sólo pueden regirse por las normas vigentes al momento de su adelantamiento, más no por normas posteriores, como así lo tiene aceptado la doctrina constitucional:

“Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino

de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata”⁸
(Negrillas de la Sala)

Ahora, para determinar si el Decreto 4523 de 2006 expedido por el Presidente de la República, vulnera la Constitución en cuanto prohíbe la retroactividad de la ley, es necesario someter al mismo a una interpretación sistemática para establecer si con él se interviene en procesos de selección agotados o no. El fundamento normativo del proceso de selección del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales es el Decreto 2011 del 16 de junio de 2006 *“Por el cual se establece el procedimiento para la designación del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de Régimen Especial y se adoptan otras disposiciones”*, el cual dispone en sus artículos 3 y 4:

“Artículo 3º.- Efectuada la recepción y estudio de los documentos de los candidatos y realizadas las respectivas pruebas, la entidad responsable de la evaluación pondrá a disposición del Consejo Directivo los candidatos que hayan superado las pruebas satisfactoriamente, clasificados de acuerdo con el puntaje obtenido para la respectiva designación.

Artículo 4º.- La designación del Director General se efectuará en sesión ordinaria o extraordinaria del consejo directivo, que se celebrará en el mes de diciembre anterior a la iniciación del período institucional consagrado en la Ley 99 de 1993; la sesión del Consejo Directivo para la designación del Director General será en audiencia pública”

De acuerdo con lo previsto en el artículo 3 anterior, en curso de elegir al Director de las Corporaciones Autónomas Regionales, al Consejo Directivo solamente se le puede poner a disposición la lista de *“los candidatos que hayan superado las pruebas satisfactoriamente”*, entendiéndose por tal aquellos aspirantes que *“hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos”* (art. 2 inc. 2 in fine). Por tanto, la designación que corresponde hacer al Consejo Directivo según el artículo 4, sólo es posible a condición de que la entidad contratada para adelantar las pruebas respectivas le presente un listado de candidatos que hayan superado las pruebas con el mínimo de puntos requeridos (70).

Armonizando las normas anteriores se tiene que el proceso de selección de Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales culmina cuando se da una de dos situaciones. En primer lugar, si alguno o algunos de los aspirantes al cargo han superado el puntaje mínimo requerido y la entidad contratada ha

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-619 del 14 de junio de 2001. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

presentado al Consejo Directivo la lista de aspirantes idóneos para optar al cargo, evento en el cual lo procedente es que ese cuerpo colegiado, en ejercicio de su poder discrecional, escoja uno de ellos para que asuma la Dirección General de la Corporación, finalizando con la expedición de este acto y la respectiva posesión el proceso de selección surtido. En segundo lugar, si luego de haberse agotado las distintas fases del proceso de selección ninguno de los aspirantes alcanzó el puntaje mínimo requerido, no puede dudarse que el proceso se ha agotado y que en tal supuesto, sin necesidad de acto administrativo que así lo declare, se entiende finalizado el proceso de selección, lo que perfectamente constituye una situación jurídica consolidada, a diferencia de la primera hipótesis cuyo resultado sí encuadra cabalmente en un derecho adquirido, cuyo titular es el aspirante seleccionado por el Consejo Directivo.

En consonancia con las anteriores precisiones es dable sostener que el Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 *“Por el cual se adiciona el Decreto 3685 de 2006”*, expedido por el Presidente de la República, no resulta ser inconstitucional aunque la actuación administrativa censurada con esta acción sí está afectada de nulidad por la aplicación retroactiva de lo dispuesto en el citado decreto frente a una situación jurídica consolidada.

En efecto, una lectura atenta del contenido del artículo 1º del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 permite establecer que su grado de generalidad no puede conducir a la conclusión de la violación de la prohibición de no retroactividad de la ley. Allí se dispone que en aquellos eventos en los que luego de la realización del proceso público abierto previsto en el Decreto 2011 de 2006 no sea posible la conformación de la lista de candidatos más idóneos para ocupar el cargo de Director General de la Corporación, porque ninguno haya obtenido el puntaje mínimo requerido (70 puntos), el Consejo Directivo de la entidad podrá optar por convocar a nuevo proceso de selección o llevar adelante la elección con los candidatos que hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 60 puntos.

Como se podrá advertir, el grado de abstracción de la disposición anterior es tal que impide tildarlo de inconstitucional por supuestamente haberse expedido con el único propósito de modificar las reglas de juego en el proceso de selección que se venía adelantando en la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca; por el contrario, su confección gramatical apunta a la generalidad de los procesos de selección que deban cumplirse con el propósito de escoger al Director General, de

suerte que la recta interpretación de aquella parte que permite elegir al Director General *“de la lista de candidatos que, surtido el proceso de selección, hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 60 puntos”*, no puede entenderse, en el contexto del proceso de selección que se venía adelantando en la C.V.C., como una autorización legal para aplicar esa normatividad al proceso de selección que se había agotado por la inexistencia de una lista de elegibles.

La fuerza vinculante de esa prescripción sólo puede estar referida a los procesos de selección que se inicien bajo su vigencia, no frente a aquellos en que el proceso de selección se haya agotado y si bien allí se expresa que la elección del Director General puede hacerse entre la lista de candidatos que hayan alcanzado un puntaje igual o superior a 60 puntos, una vez *“surtido el proceso de selección”*, es claro que el decreto se está refiriendo a los procesos de selección que se convoquen y adelanten luego de su entrada en vigencia, no con respecto a los que se venían adelantando al momento de su entrada en vigencia y menos respecto de las convocatorias que se hubieran agotado por inexistencia de candidatos elegibles, ya que una lectura en esos términos sería inconstitucional y violatoria del debido proceso, entre otras garantías fundamentales.

Por el contrario, lo que sí evidencia la Sala como actuación irregular del Consejo Directivo de la C.V.C., es que terminó aplicando para el proceso de selección que culminó con la elección acusada el Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006, esto es lo aplicó de manera retroactiva, vulnerando con ello las distintas normas constitucionales hasta el momento citadas. Efectivamente, luego de examinar el contenido de las tablas de resultados de los folios 394 y 395 es claro que ninguno de los aspirantes, incluido el demandado, obtuvo el puntaje mínimo requerido, situación que necesariamente conduce a tener por agotado el proceso de selección, cerrando la posibilidad a que para el mismo se aplicara lo dispuesto en el memorado decreto, que como se dijo solamente opera para nuevas convocatorias, más no para las que se estaban adelantando o ya habían cesado por inexistencia de candidatos con el puntaje mínimo exigido.

Esta aplicación retroactiva del Decreto 4523 de 2006, que desde luego fue determinante para la elección del Dr. JOSÉ WILLIAM GARZÓN SOLÍS como Director General de la C.V.C., vicia el acto de elección acusado a tal punto que la nulidad es inevitable, merced a que con esa decisión administrativa se configura la

causal genérica de nulidad del 84 del C.C.A., consistente en la infracción de normas superiores, en este caso de rango constitucional.

Dicha aplicación retroactiva produce, inevitablemente, la vulneración del derecho constitucional de igualdad previsto en el artículo 13 superior –fue citada en el acápite de normas violadas y concepto de violación-, pues lo que corresponde a una norma general y abstracta como es el Decreto 4523 de 2006 dirigida a favorecer los procesos de selección donde ninguno de los aspirantes haya obtenido el puntaje mínimo de 70, pudiéndolo bajar a 60 puntos, tan solo trae beneficios a unos pocos, merced a que sus efectos vienen a producirse cuando el proceso se ha cumplido en su integridad y los puntajes de los distintos aspirantes son conocidos, habiéndose consolidado la situación jurídica de la inexistencia de candidatos elegibles. Además, el derecho a la igualdad no puede analizarse en el estrecho contexto de los aspirantes admitidos en el proceso de selección agotado, ya que al devenir desierto el concurso el derecho a participar en el nuevo proceso de selección se abre a todos los interesados en ello, quienes verían sacrificado de antemano su derecho a postularse a esa dignidad por la consagración ilegítima de un privilegio a favor de quienes habían participado del proceso de selección frustrado.

Por tanto, la Sala colige que no hay lugar a tener por demostrada la excepción de inconstitucionalidad alegada respecto del citado decreto, pero que a pesar de ello sí es inconstitucional su aplicación retroactiva, tal como lo alegó el actor, lo cual afecta la legalidad del acto acusado.

En tercer y último lugar, considera el libelista que la inconstitucionalidad del aludido decreto se presenta por la decisión gubernamental de bajar el puntaje mínimo requerido por los candidatos idóneos para ocupar el cargo, 70 a 60 puntos, con lo cual se violó el principio del mérito. Al margen de las consideraciones anteriores, donde se concluyó que la parte pertinente del artículo 1º del Decreto 4523 de 2006 no es inconstitucional como sí lo es su aplicación retroactiva a situaciones jurídicas consolidadas –proceso de selección desierto-, no considera la Sala que el solo hecho de bajar el puntaje mínimo requerido de 70 a 60 puntos vulnere el principio del mérito, puesto que allí el Gobierno Nacional cuenta con un amplio margen de regulación que le brinda la potestad reglamentaria y que no puede tomarse como irrazonable porque de 1 a 100 el nuevo puntaje (60) estaría por encima de la mitad del puntaje máximo a alcanzar.

En resumen, la excepción de inconstitucionalidad no resultó demostrada en cuanto al artículo 1º del Decreto 4523 de 2006 por tratarse de una norma de carácter general, impersonal y abstracto; por el contrario, sí quedó establecido que el Consejo Directivo de la C.V.C., aplicó en forma retroactiva su contenido para dar paso a la elección acusada, con lo cual se violaron normas constitucionales, configurándose así la nulidad de dicha actuación. Las demás razones, como se vio, resultaron infundadas.

4.2.- Excepción de Ilegalidad del Acuerdo CD-045 del 20 de octubre de 2006 expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - C.V.C.

Solicita el accionante la declaratoria de la excepción de ilegalidad del Acuerdo CD-045 del 20 de octubre de 2006 *“Por el cual se define conforme al marco legal vigente, el procedimiento para la Evaluación y Designación del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca”*, con fundamento en imputaciones que bien pueden recogerse así: (i) Ejercer una facultad de reglamentación que únicamente tiene el Presidente de la República como titular de la potestad reglamentaria (C.P. Art. 189 num. 11); (ii) Implementar una entrevista adicional no prevista en el Decreto 2011/2006; (iii) Exigir más requisitos de admisión para el cargo de Director General que los previstos en el Decreto 3685 de 2006; (iv) El artículo 21 le dio mayor jerarquía al acuerdo con relación a la “ley”; (v) El acuerdo lo expidió la Representante del Ministerio del Medio Ambiente cuando esa atribución es del gobernador.

Tal como sucede con la excepción de inconstitucionalidad, con la excepción de ilegalidad se procura la conservación del orden jurídico interno en relación con aquellas normas ubicadas jerárquicamente debajo de la Constitución Política, bajo el entendido de que unas deben tomar como parámetro de realización aquellas que en la escala de jerarquía estén por encima, sin llegar por supuesto a la carta fundamental puesto que el punto de comparación se realiza a nivel legal, entendida la ley en sentido material; es decir, la excepción de ilegalidad se configura cuando una norma jurídica deja de atender a los dictados de su inmediatamente superior, que la controla y la gobierna.

La habilitación legal de esta figura está dada por el artículo 12 de la Ley 153 de 1887 que expresa:

“Artículo 12.- Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno (expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria), tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, a la leyes (ni a la doctrina legal más probable)”⁹

Es clara la norma en señalar que la eficacia normativa de los actos ejecutivos del gobierno, esto es los decretos que expide el Presidente de la República distintos de aquellos fruto del ejercicio de facultades extraordinarias, como podrían ser los proferidos en desarrollo de la potestad reglamentaria, se conserva en tanto respete los dictados de la Constitución y de la ley, de suerte que frente a la última da lugar a la configuración de la excepción de ilegalidad, consistente en la pérdida de eficacia jurídica de un decreto presidencial cuando se contraría la ley respectiva. Así mismo, los actos administrativos proferidos por las distintas autoridades de inferior jerarquía quedan igualmente sujetos a la excepción de ilegalidad cuando su contenido material desconozca o riña con los decretos reglamentarios expedidos por Jefe de Estado o con las leyes.

La viabilidad de esta figura, que sólo está al alcance de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por ser la guardiana de la legalidad de los actos de la administración en general, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional “se reserva a la jurisdicción contencioso administrativa”¹⁰, ha sido admitida incluso por la doctrina constitucional al precisar:

“De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.

⁹ Los apartes resaltados entre paréntesis fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 26 del enero de 2000. M.P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹⁰ *Ibidem*.

Así las cosas, la Corte aprecia que, en principio, una norma legal que se limitara a reiterar el orden jurídico que emana de la Constitución y a autorizar la inaplicación de las normas que irrespetaran tal orden, sería constitucional”¹¹

Ahora, luego de las anteriores precisiones conceptuales, las que revelan la viabilidad jurídica de aplicar la excepción de ilegalidad frente a normas jurídicas que desatiendan las prescripciones de las normas legales de rango superior, se adentrará la Sala en el estudio de cada uno de los planteamientos del accionante.

(i.-) El primer reparo que formula la parte demandante está dirigido a demostrar que el Consejo Directivo de la C.V.C., violó lo dispuesto en el numeral 11 del artículo 189 Constitucional, al haber expedido el Acuerdo CD-045 del 20 de octubre de 2006 *“Por el cual se define conforme al marco legal vigente, el procedimiento para la Evaluación y Designación del Director General de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca”*, puesto que el único titular de la potestad reglamentaria es el Presidente de la República, autoridad que ya la había ejercido frente a la designación del Director General de esas entidades a través de la expedición del Decreto 2011 de 2006.

Al romper advierte la Sala que de manera antitécnica el impugnante califica como excepción de ilegalidad un reparo que no lo es, puesto que el supuesto desconocimiento normativo del Acuerdo CD-045/2006 no se da con relación a una norma jurídica de rango legal, sino que se soporta directamente en la eventual violación del ordenamiento constitucional, lo que constituiría una excepción de inconstitucionalidad. No obstante esta imprecisión, con el fin de asegurar el acceso a la administración de justicia y no dejar insatisfecho el planteamiento del accionante, la Sala lo valorará.

Con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución se tiene que el Presidente de la República, en su calidad de suprema autoridad administrativa, está investido del atributo de reglamentar *“las leyes”* de la República, con el propósito de que su ejecución sea efectiva. El otorgamiento de esta competencia no hace más que reconocer el carácter general y abstracto de las leyes y la falta de plenitud que las mismas pueden albergar, ya que al no tener el grado de detalle deseable, se hace que a través de la colaboración armónica entre las distintas

¹¹ *Ibídem.*

Ramas del Poder Público, el ejecutivo contribuya con la expedición de decretos para la debida realización de las leyes.

Comparte la Sala con el impugnante que el único titular de la potestad reglamentaria de que trata el numeral 11 del artículo 189 superior es el Presidente de la República, pero no lo acompaña en cuanto que sea la única autoridad habilitada para reglamentar normas jurídicas, puesto que en esa función están comprometidas las distintas autoridades públicas con facultad reglamentaria, como así se demuestra, por ejemplo, con la facultad reglamentaria que el numeral 1º del artículo 300 de la Constitución reconoce a las asambleas departamentales, o que el numeral 1º del artículo 313 reconoce a los concejos municipales, para sólo citar unos pocos casos. La legitimidad del ejercicio de facultad reglamentaria por parte de otras autoridades ha sido reconocida por la Corte Constitucional al decir:

“No obstante, en el terreno de la aplicación de la Ley, el aparato estatal también enfrenta la progresiva necesidad de afinar las disposiciones jurídicas con el fin de extender la voluntad del legislador a todos los campos a los que va dirigida. Es así como nuestro sistema jurídico ha dispuesto que la cabeza del Ejecutivo –el Presidente de la República– tiene entre sus funciones la de reglamentar la Ley (Art. 189-11), es decir, la de determinar la forma en que aquella debe ejecutarse o cumplirse, mientras que los organismos y autoridades que en la jerarquía administrativa lo suceden asumen cierta potestad regulativa, de carácter residual, accesorio o auxiliar, que los habilita para insertar la voluntad del legislador en las últimas posibilidades de aplicación de la norma general.

Así, mientras el Presidente expide las pautas para el cumplimiento de la voluntad legislativa, los organismos subordinados emiten la reglamentación necesaria para pormenorizar el proceso de implantación de esa voluntad. Es esta una función de afinamiento que procede desde los trazos más amplios fijados por el legislador hasta los detalles prácticos más concretos, establecidos por el ejecutor de la medida.

Esta asignación gradual de potestad de reglamentación se justifica en la medida en que es en los organismos administrativos en donde reposa la información inmediatamente relacionada con el funcionamiento práctico de las herramientas de creación legislativa. La intermediación que se da entre dichos entes y los temas reales de implementación de la legislación imponen que sean estos los que señalen la microregulación de la Ley. La imposibilidad de previsión total por parte del órgano legislativo es -para muchos- suficiente sustento de la necesidad de que sea una entidad técnica la que produzca el reglamento correspondiente

.....

Por ello la Corte sostiene que la potestad reglamentaria no es exclusiva del Presidente de la República y que en Colombia opera un “*sistema difuso*” de producción normativa de alcance general, pero naturaleza reglamentaria, la cual sirve de apoyo a la actividad administrativa desarrollada por el jefe del Ejecutivo^{12,13}

De admitir la tesis promovida por el accionante se tendría que colegir que las autoridades administrativas distintas del Presidente de la República, sólo estarían habilitadas para expedir actos administrativos de contenido particular y concreto, y no actos administrativos de carácter general, lo que por supuesto resulta ilógico, ya que si bien las leyes y los decretos reglamentarios ofrecen importantes parámetros de realización de la actividad administrativa, sólo las autoridades destinatarias pueden completar el ciclo normativo para que sea verdaderamente eficaz. Por tanto, este punto resulta impróspero.

(ii.-) Se pide igualmente la excepción de ilegalidad respecto del artículo 17 del Acuerdo CD-045/2006 por haber implementado una prueba adicional, no prevista en el Decreto 2011 del 16 de junio de 2006. Dicha norma consagra:

“ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO.- REALIZACIÓN DE ENTREVISTA POR PARTE DEL CONSEJO DIRECTIVO: Los candidatos clasificados como idóneos para el ejercicio de las funciones propias del cargo de Director de la Corporación, serán entrevistados (sic) por el Consejo Directivo de la Corporación, la cual estará sometida a puntaje. Esta entrevista tendrá un puntaje mínimo de 1 y máximo de 3 por consejero, el cual se sumará (sic) al puntaje establecido por la entidad evaluadora.

Las once (11) preguntas serán formuladas por los miembros del Consejo Directivo y serán entregadas en sobre cerrado y al azar a cada uno de los candidatos que serán llamados en orden aleatorio a este proceso”

Un examen detenido del Acuerdo CD-045/2006 permite colegir que la entrevista prevista en la norma anterior puede tomarse como adicional, puesto que en los artículos 13 y 14 del mismo acto administrativo aparecen los distintos parámetros de evaluación a que serían sometidos los participantes admitidos, comprendiendo: a.- Estudios - 20% - 15.40; b.- Experiencia General - 5% - 3.85; c.- Experiencia Específica - 25% - 19.25; d.- Conocimiento - 20% - 15.40; e.- Aptitudes Gerenciales - 25% - 19.25, y f.- Entrevista - 5% - 3.85. La entrevista aquí señalada corresponde a la que debe practicar la entidad evaluadora contratada al efecto.

¹² Sentencia C-350 de 1997. MP Fabio Morón Díaz.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-917 del 29 de octubre de 2002. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sin embargo, no puede considerarse como ilegal el hecho que en el artículo 17 del Acuerdo CD-045/2006 se hubiera previsto una entrevista adicional a la señalada en los artículos 13 y 14 ibídem, puesto que esta actuación del Consejo Directivo de la C.V.C., armoniza perfectamente con el Decreto 2011 del 16 de junio de 2006 *“Por el cual se establece el procedimiento para la designación del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de Régimen Especial y se adoptan otras disposiciones”*, que implícitamente confería margen de regulación a ese organismo, al prescribir en la parte pertinente de su artículo 2:

“ARTÍCULO 2º.- El Consejo Directivo de la respectiva Corporación adelantará los trámites pertinentes para la realización del proceso público abierto, el cual se efectuará con entidades públicas o privadas expertas en selección de personal con capacidad para realizar el proceso.

El proceso tendrá en cuenta criterios de mérito, capacidad y experiencia para el desempeño del empleo **y por lo menos deberá comprender** la aplicación de varias pruebas dirigidas a evaluar los conocimientos y aptitudes requeridos para el desempeño del empleo, la práctica de una entrevista y la valoración de antecedentes de estudio y experiencia. La lista de candidatos se elaborará con quienes hayan obtenido un puntaje ponderado igual o superior a 70 puntos. (...)” (Negrillas de la Sala)

Reconociendo la autonomía inherente a estas Corporaciones, el Presidente de la República ejerció su potestad reglamentaria dejando abierta la posibilidad de que a sus parámetros de evaluación el Consejo Directivo de las mismas pudiera adicionar otros, pues no otro puede ser el significado de la expresión *“y por lo menos deberá comprender”*, que antecede a los distintos ítems fijados en el Decreto 2011/2006, de suerte que la consagración de una entrevista en ésta norma no inhabilitaba al Consejo Directivo para que si a bien tenía, dispusiera de la realización de otra entrevista con los aspirantes admitidos, lo que en opinión de esta Sala además de legal resulta apropiado a los fines de escoger el candidato más idóneo para el cargo por ser el momento de mayor aproximación entre aspirantes y electores, dado que las etapas previas de calificación son adelantadas por una entidad contratada con ese fin. Por consiguiente, este reparo tampoco resulta de recibo.

(iii.-) Entiende el demandante que la excepción de ilegalidad se configura en el Acuerdo CD-045/2006 porque exigió más requisitos de los previstos en el artículo

1º del Decreto 3685 del 20 de octubre de 2006 *“Por el cual se modifican los artículos 2, 3 y 4 del Decreto 2011 de 2006”*, que señala:

“ARTÍCULO 1º.- Adiciónese los siguientes párrafos al artículo 2 del Decreto 2011 de 2006:

PARÁGRAFO PRIMERO.- Serán admitidos al proceso los aspirantes que reúnan la totalidad de los requisitos establecidos en el artículo 21 del Decreto 1768 de 1994. (...)”

Por su parte, el Decreto 1768 del 3 de agosto de 1994 *“Por el cual se desarrolla parcialmente el literal h) del artículo 116 en lo relacionado con el establecimiento, organización o reforma de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por la Ley 99 de 1993”*, dictado por el Presidente de la República, consagra en su artículo 21:

“ARTÍCULO 21. Calidades del Director General. Para ser nombrado Director General de una Corporación, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Título profesional universitario.
- b) Título de formación avanzada o de postgrado, o tres (3) años de experiencia profesional.
- c) Experiencia profesional de cuatro (4) años adicionales a los requisitos establecidos en el literal anterior de los cuales por lo menos uno (1) debe ser en actividades relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables o haber desempeñado el cargo de Director General de Corporación.
- d) Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la ley”

Es decir, la ilegalidad se concreta para el demandante en que el Acuerdo CD-045/2006 exigió en su artículo 6 numeral 8, que en el aviso de convocatoria se haría saber que los interesados en acceder al cargo debían presentar como documentos anexos a su hoja de vida: *“Certificados de antecedentes disciplinarios, expedido por la Procuraduría General de la Nación; certificado de antecedentes fiscales expedido por la Contraloría General de la República, pasado judicial y original de la vigencia de la matrícula o tarjeta profesional en los casos reglamentados por Ley”*. Considera que los tres primeros documentos no podían exigirse como requisitos de admisión para el proceso de selección, ya que según lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 190 de 1995, su presentación sólo es obligatoria al momento de tomar posesión del cargo.

Para la Sala el planteamiento del demandante es inadmisibile por corresponder a una lectura parcial de la norma invocada y porque una interpretación sistemática de normas de rango constitucional y legal permiten inferir que tal exigencia es legítima. En efecto, el artículo 1º de la Ley 190 del 6 de junio de 1996 *“Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa”*, prevé que *“Todo aspirante a ocupar un cargo o empleo público”* tiene el deber de informar a la respectiva entidad la *“Inexistencia de cualquier hecho o circunstancia que implique una inhabilidad o incompatibilidad del orden constitucional o legal para ocupar el empleo o cargo al que se aspira”* (num. 3). Así, del sólo contenido de la norma empleada por el accionante se infiere que su tesis es desacertada, dado que si por aspirante se tiene no al que está ad portas de tomar posesión de un cargo sino aquél que está en curso de llegar a esa condición, como es el caso de los interesados en ocupar el cargo de Director General de la C.V.C., es claro que la exigencia de aportar esos documentos resulta legal.

Si bien el Acuerdo CD-045/2006 se debe, normativamente hablando, al Decreto 2011 de 2006 y los decretos que lo han modificado, con mayor razón se debe no solo a la Ley 190 de 1995 sino también, y muy especialmente, al ordenamiento constitucional, que igualmente brinda soporte a la medida reprochada. En efecto, el inciso final del artículo 122 de la Constitución, modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2004, prohíbe expresamente la designación como servidores públicos de personas que estén inhabilitadas por haber *“sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado”* o por haber *“dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”*, lo cual hace legítima la medida de pedir la acreditación de no estar incurso en inhabilidad alguna, puesto que a la administración no solo deben llegar los más idóneos sino también aquellas personas sin mácula alguna en sus comportamientos en y ante la administración pública.

Además, como quiera que la Procuraduría General de la Nación tiene la competencia para llevar el registro sobre las inhabilidades de los servidores públicos, ex servidores públicos y los particulares que hayan cumplido funciones públicas (Ley 734 de 2002 art. 174), que la Contraloría General de la República es

la competente para elaborar el Boletín de Responsables Fiscales donde se reportan las personas que tienen en su contra fallo con responsabilidad fiscal en firme y no satisfecho (Ley 610 de 2000 art. 60), y que el Departamento Administrativo de Seguridad es el organismo autorizado para certificar sobre los antecedentes judiciales de las personas naturales (Decreto 3738 de 2003), la decisión adoptada por el Consejo Directivo de la C.V.C. en el Acuerdo censurado no solo consulta fines constitucionales sino que igualmente armoniza con todas las normas hasta el momento indicadas, las cuales procuran evitar que al servicio público lleguen personas inhabilitadas. Por tanto, este reparo tampoco prospera.

(iv.-) Se cuestiona igualmente la legalidad del artículo 21 del Acuerdo CD-045/2006 que prevé: *“En los aspectos no regulados por el presente Acuerdo, se dará aplicación a lo previsto en cada caso en las normas legales y reglamentarias”*, pues se considera que allí se confirió mayor jerarquía normativa al acuerdo con relación a la ley. Habiéndose reconocido atrás que las autoridades administrativas distintas del Presidente de la República tienen facultad reglamentaria y que el producto de su ejercicio goza igualmente de la presunción de legalidad, no encuentra la Sala válida la imputación aquí efectuada, puesto que la remisión que allí se menciona no fija la jerarquía de las distintas normas que intervienen en el proceso de elección del Director General de la C.V.C., pues sólo sirve a un principio constitucionalmente promulgado como es la colaboración armónica de las distintas entidades, además de que esa jerarquía escapa a la competencia del Consejo Directivo de esa corporación, por ser materia que implícitamente aparece consagrada en el ordenamiento constitucional.

Ahora, si la facultad reglamentaria con que cuentan las distintas entidades públicas permite dotar de detalles a la ley y a los decretos reglamentarios del Presidente de la República, ninguna anomalía surge del hecho que el proceso de selección atienda primeramente el Acuerdo CD-045/2006, puesto que su nivel de desagregación normativa contribuye a la mejor realización de sus fines, sin olvidar por supuesto que amparado bajo la presunción de legalidad su desarrollo implica al mismo tiempo la materialización de las normas jurídicas que jerárquicamente lo gobiernan, por haber sido expedido de acuerdo con las mismas. Por tanto, tampoco prospera esta imputación.

(v.-) Por último, y en lo que respecta a las razones de ilegalidad del Acuerdo CD-045 de 2006, el accionante señala que:

“..., dicho acto administrativo fue expedido por la Doctora Lucero Cadena Navia miembro del Consejo Directivo en representación del Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, actuando como Presidente del Consejo Directivo, cuando esta atribución de ejercer la Presidencia está radicada en cabeza del señor Gobernador o sus Delegados, lo cual hace irregular su expedición por falta de competencia, pues no existe poder o escrito mediante el cual el Gobernador delegue a la Doctora Cadena para representarlo o para expedir dicho acto administrativo” (fl. 75 C.1)

Este cargo no puede prosperar, ya que la parte demandante no satisface el principio de la justicia rogada con asiendo en el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A., que le obliga no solo a dar razones de índole jurídico sino a indicarle al operador jurídico cuál es la norma o normas jurídicas que resultan infringidas. Aquí la parte accionante sólo hace la imputación anterior, pero deja de indicar cuál es la norma que en su opinión resultó vulnerada, omisión que no puede ser suplida por la Sección, como sí lo hace la colaboradora fiscal, quien sí se ocupa de indagar en qué normas podría estar consagrada la competencia para realizar el respectivo estudio de legalidad, acudiendo incluso a la Resolución 085 del 29 de enero de 1996 *“Por la cual se aprueban los Estatutos de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - C.V.C.”*, que se aportó en copia informal e incompleta por la interviniente Yadira Castillo Meneses (fls. 196 a 198 C.1). Por consiguiente, este reproche tampoco prospera.

4.3.- Otras irregularidades durante el proceso de selección

En este apartado se examinarán las demás irregularidades que según el demandante se presentaron en el curso del proceso de selección del Director General de la C.V.C. para el período Enero 1 de 2007 a Diciembre 31 de 2009, consistentes en que: (i) Se violó el inciso 5 del artículo 2 del Decreto 2011 de 2006, puesto que el aviso de convocatoria no contuvo información completa sobre la entrevista adicional ni su puntaje, y (ii) No se brindó a los aspirantes inadmitidos la oportunidad de formular recursos contra esa decisión. Los demás planteamientos deben entenderse absueltos con los argumentos vertidos en los acápites anteriores.

(i.-) En lo relativo a la entrevista adicional que se haría por parte de los miembros del Consejo Directivo a los candidatos clasificados como idóneos para ocupar el cargo de Director General, y que resultó ser conforme a Derecho, aparece

regulada en el artículo 17 del Acuerdo CD-045/2006, donde se le asigna un puntaje mínimo de 1 y máximo de 3 por consejero, que se sumaría al puntaje total entregado por la entidad evaluadora. Esta prueba, junto con las demás previstas en el artículo 14 ibídem, debía ser objeto de publicación mediante el aviso de convocatoria referido en el numeral 2 del Decreto 2011 de 2006, que en su parte pertinente señala:

“Dicha convocatoria se realizará mediante un aviso que se publicará en un diario de amplia circulación nacional o regional y otros medios de difusión masiva, al menos con diez (10) días de anticipación a la fecha establecida para la recepción de los documentos requeridos para acreditar los requisitos señalados en el artículo 21 del Decreto 1768 de 1994. Dentro del mismo término, se fijará el aviso en un lugar visible de la Corporación y en la página web de la misma.

El aviso de convocatoria deberá contener la información completa sobre los requisitos, funciones del cargo y asignación básica del mismo, el lugar, la fecha y la hora límite de recepción de los documentos con los cuales se acredite el cumplimiento de los requisitos por parte del candidato, las pruebas a aplicar y su correspondiente valoración para efectos de la calificación final” (Negrillas de la Sala)

Así, aunque el Consejo Directivo tenía competencia para incorporar a ese proceso de selección pruebas adicionales a las mencionadas en el Decreto 2011 de 2006, cualquier decisión en tal sentido debía estar necesariamente precedida de la publicidad del caso, esto es que en el aviso de convocatoria la información que se suministrara al público en general debía tener los elementos suficientes para que, junto con los demás datos relevantes, se hiciera saber de la prueba adicional, quién la practicaría y cuál sería el puntaje que se le daría, pues de no hacerse así el proceso de selección quedaría viciado por desacato a las normas que lo rigen, pero especialmente porque la violación al principio constitucional de la publicidad (Art. 209 C.N.), conduciría a la afectación del principio de transparencia con que igualmente debe obrar la administración pública.

Ahora bien, consultando el Aviso de Convocatoria Pública que se publicó en un medio escrito de comunicación y que en copia auténtica se aportó el informativo (fl. 147 C.1), se tiene que allí se hizo claridad, entre otros aspectos, sobre la entrevista adicional y su puntaje en los siguientes términos:

“Entrevista por parte del Consejo Directivo a los candidatos evaluados: Los candidatos clasificados como idóneos para el ejercicio de las funciones propias del Cargo de Director de la Corporación, serán entrevistados por el Consejo Directivo de la Corporación, la cual estará

sometida a puntaje. Esta entrevista tendrá un puntaje mínimo de 1 y máximo de 3 por consejero, el cual se sumará al puntaje establecido por la entidad evaluadora. La entrevista se llevará a cabo el día 15 de Diciembre de 2006”

Las pruebas demuestran que la afirmación lanzada por la parte accionante, sobre falta de plenitud en la información suministrada al público respecto de la entrevista adicional, no es cierta, lo cual resulta suficiente para colegir la improsperidad del reproche.

(ii.-) Por último, dice el libelista que no se brindó a los aspirantes inadmitidos la oportunidad de formular recursos contra esa decisión. Esta afirmación contradice la verdad que surge del material probatorio recabado en el expediente. En efecto, según el artículo 15 del Acuerdo CD-045 de 2006 expedido por el Consejo Directivo de la C.V.C., la entidad contratada para adelantar el proceso de selección, *“una vez informado los resultados del proceso, deberá disponer lo necesario para recepcionar por escrito y dentro de los términos previstos para ello, en el cronograma aprobado por el consejo directivo, las reclamaciones que se puedan presentar en el proceso de evaluación”*, circunstancia que igualmente hizo saber la C.V.C., en el aviso de convocatoria pública que se publicó en el medio de comunicación escrito, según copia auténtica del mismo que milita a folio 147 del cuaderno principal.

Además, prueba irrefutable de que efectivamente se concedió la oportunidad para que los aspirantes inadmitidos formularan las reclamaciones del caso, está en la copia auténtica de los siguientes documentos: a.- Diferentes reclamaciones formuladas por algunos de ellos (fls. 28 a 33 C.P.1); b.- Oficio RS-126 del 22 de octubre de 2006 dirigido por la Pontificia Universidad Javeriana - Cali (entidad contratada), al Director ad-hoc de la C.V.C., remitiéndole los recursos formulados por algunos aspirantes (fl. 40 C.P.1); c.- Oficio del 22 de noviembre de 2006 mediante el cual dicha universidad responde algunas reclamaciones (fls. 41 a 43 C.P.1).

Si bien la Pontificia Universidad Javeriana - Cali hizo saber al Consejo Directivo de la C.V.C., mediante oficio RS-127 de noviembre 23 de 2006 (fls. 54 a 62 C.P.1), que se habían excluido las hojas de vida de 31 aspirantes y que una de las mayores dificultades para la publicidad de los resultados había estado por el pacto de confidencialidad previsto en el Acuerdo CD-045 de 2006, este escollo se

superó con la expedición del Acuerdo CD-054 del 23 de noviembre de 2006 por parte del mismo consejo (fls. 50 a 52 C.P.1), modificando la reserva en cuestión y ordenando la publicación de los resultados de la evaluación de las hojas de vida.

A raíz del procedimiento anterior se dio lugar a que 22 de los 31 aspirantes inicialmente inadmitidos fueran llamados a presentar las pruebas correspondientes, como así se constata al examinar el oficio del 26 de diciembre de 2006 emanado de la Pontificia Universidad Javeriana - Cali, que da cuenta de ello. También se verifica lo anterior con la copia auténtica de las tablas de resultados visibles a folios 394 y 395, donde en la tabla de la fase 1 aparecen las 10 personas que fueron inicialmente admitidas y los diferentes puntajes obtenidos en las distintas pruebas, y donde en la tabla de la fase 2 aparece la misma información pero con relación a los aspirantes admitidos con posterioridad a las reclamaciones. Así las cosas, no es cierta la imputación formulada por el accionante.

5.- Conclusión

De los distintos cargos formulados por el accionante solamente resultó demostrado el atinente a la aplicación retroactiva del artículo 1º del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006, expedido por el Presidente de la República, puesto que habiéndose agotado el proceso de selección del Director de la C.V.C., porque ninguno de los aspirantes obtuvo un puntaje igual o superior a 70 puntos, el haberse elegido al demandado como Director General de la C.V.C., pese a no haber alcanzado los 70 puntos requeridos y con fundamento en que había obtenido más de 60 puntos, implica la violación de normas de rango constitucional, entre ellas valores como el derecho a la igualdad y la no aplicación retroactiva de la ley.

Por último, respecto de la crítica que la parte demandada formula a la demanda en torno a no haber precisado la causal de violación, ella no es compartida por la Sala, en la medida que la prevalencia del derecho sustancial impide sacrificar el derecho a la forma, y al estar claro que la elección acusada se produjo contra normas jurídicas superiores, la causal de nulidad es una sola, consistente en la prevista en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989 artículo 14, es decir porque el acto demandado *“infrin[ge] las normas en que deberían fundarse”*, es decir se vulneraron el Decreto 2011 de 2006 y el Acuerdo

CD-045 de 2006 puesto que la elección sólo podía recaer en candidato que hubiera obtenido un puntaje total igual o superior a 70 puntos, que por supuesto no alcanzó el demandado quien apenas llegó a 66.06 puntos.

Así las cosas, se declarará probada la excepción de inconstitucionalidad formulada y se declarará la nulidad del acto demandado.

Por lo demás, las solicitudes de nulidad procesal presentadas por el demandado José William Garzón Solís y por su apoderado serán negadas. Y la intervención del señor Diego Bravo Borda será inadmitida por extemporánea.

En mérito de 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,

F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las nulidades procesales formuladas por el demandado Dr. JOSÉ WILLIAM GARZÓN SOLÍS y por su apoderado.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROBADA la Excepción de Inconstitucionalidad respecto del artículo 1º del Decreto 4523 del 22 de diciembre de 2006 *“Por el cual se adiciona el Decreto 3685 de 2006”*, expedido por el Presidente de la República.

TERCERO: DECLARAR LA NULIDAD del Acuerdo CD-071 del 26 de diciembre de 2006, expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - C.V.C., mediante el cual se designó al Dr. JOSÉ WILLIAM GARZÓN SOLÍS como su Director General para el período comprendido entre el 1º de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2009.

CUARTO: Comuníquese esta determinación al Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca - C.V.C., para lo de su competencia.

QUINTO: INADMITIR, por extemporánea, la intervención del ciudadano DIEGO BRAVO BORDA.

SEXTO: Cumplido lo anterior archívese el expediente.
Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN
Presidenta

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
(Salvamento de Voto)

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA
(Salvamento de Voto)

OSCAR FERNANDO MARTÍNEZ BUSTAMANTE
(Aclaración de Voto)

MAURICIO TORRES CUERVO