

MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Se niegan las pretensiones de la demanda en el caso del secretario de la Comisión Sexta del Senado / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Pronunciamiento sobre los efectos de la declaración de nulidad del acto de elección del Secretario de la Comisión Sexta del Senado

De manera previa a estudiar los problemas planteados en este asunto, esta Sala establecerá las posibles consecuencias relacionadas con el cumplimiento de las órdenes dadas en los fallos de esta Sección, cuando se declara la nulidad del acto de elección por irregularidades en el trámite. Fijado lo anterior, se estudiará si en este caso el acto demandado se profirió con expedición irregular, por haberse desconocido lo ordenado por esta Corporación en la sentencia de 3 de agosto de 2015 dentro del proceso acumulado 2014-0128. Resuelto este punto, se analizará si: (i) Con la expedición del acto demandado se desconocieron las normas superiores en las que se debía fundar, (ii) Se expidió con falta de competencia del Senado de la República, por no poder convocar de nuevo a una “inscripción para proveer el cargo de secretario de la comisión sexta constitucional permanente del Senado de la República”, sino que tenía que retrotraer la actuación de elección frente a los inscritos hasta antes de la prórroga ilegal, y (iii) Se incurrió en inegibilidad del demandado, porque su inscripción en la convocatoria anulada se hizo de manera irregular, y por tanto estaba impedido para participar el trámite que debía adelantarse para proveer el cargo (...) Debe resaltarse que la Sección Quinta si bien declaró la nulidad del acto de elección por la referida irregularidad en el procedimiento administrativo que se adelantó para la elección del secretario, no hizo ningún pronunciamiento sobre los efectos de esa declaración, ni sobre el procedimiento que debía adelantarse para llevar a cabo la nueva elección. Precitado lo anterior, en este caso en el estudio que se hizo por parte de esta Corporación en la sentencia de nulidad, se estableció el momento preciso a partir del cual se vició el procedimiento de elección, esto es desde el acto de “reapertura” de la convocatoria, razón por la cual el Senado de la República tenía dos opciones para llevar a cabo la elección: 1. Continuar el proceso que se adelantó, justo antes del acto de la “reapertura”, que fue donde se originó la irregularidad que dio lugar a la declaratoria de nulidad 2. Adelantar una nueva convocatoria y permitir el libre acceso a la participación de la ciudadanía interesada, ya que no había derechos adquiridos, puesto que la parte del proceso inicial que no fue viciada de irregularidad solo correspondió a la inscripción, es decir, aún no se había evaluado el cumplimiento de requisitos de los participantes (...) En este contexto, esta Sala encuentra que no se desconoció la orden dada por esta Corporación al haberse adelantado una nueva convocatoria, puesto que es claro que en el fallo no se modularon los efectos de la declaratoria de nulidad, razón por la cual dicha Corporación podía bien continuar el proceso inicial en lo no afectado por la declaratoria de nulidad por haberse adelantado de manera regular, o abrir una nueva convocatoria, por no haber derechos adquiridos de los participantes, puesto que en la primera convocatoria, la parte regular del procedimiento que se agotó solo fue la de inscripción de los participantes.

EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD ELECTORAL - Nulidad del acto de elección por expedición irregular

Si bien el artículo 288 del CPACA establece las consecuencias de las sentencias de nulidad electoral, no consagra las que se generen por la declaratoria de nulidad del acto por irregularidades en el trámite de su expedición, razón por la cual es necesario fijar las reglas correspondientes ante tal vacío normativo. Al hacerse un estudio de las sentencias que se han proferido por parte de esta Sección al respecto, se encuentra que se han dado dos tipos de órdenes diferentes: En

algunos casos se ha declarado la nulidad de los actos por irregularidades en el procedimiento, y se han modulado los efectos de dicha declaratoria de nulidad. En estos casos, en donde se establecen claramente los efectos, deben cumplirse en los términos dados en la sentencia debidamente ejecutoriada, tal como lo establece el inciso 6° del artículo 189 del CPACA aplicable por remisión del artículo 296 Ibíd. En otros casos en la sentencia solo se ha declarado la nulidad del acto electoral -por irregularidades en el trámite de su expedición-, pero no se hace modulación de los efectos. Al no darse una orden en concreto, se genera incertidumbre sobre los posibles efectos de dicha declaratoria, y por tanto la Sección ha establecido posturas diferentes al respecto. En esa ocasión, esta Sección fue tajante en establecer que cuando se declare la nulidad de un acto de elección por irregularidades en el trámite, es necesario llevar a cabo un nuevo procedimiento con una nueva elección b) También ha considerado, que los efectos de dicha declaratoria de nulidad implicaban continuar con el proceso, a partir de lo no afectado por la irregularidad en el trámite. Al respecto pueden verse los siguientes autos, por medio de los cuales se adicionaron los fallos de declaratoria de nulidad.

SENTENCIA DE UNIFICACION - Unifica criterio sobre las consecuencias de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición

Visto lo anterior, y toda vez que se han dado ambas posturas, con la finalidad de unificar criterio sobre las consecuencias que se pueden derivar de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición, cuando no se modulen los efectos, esta Sala precisará las posibles consecuencias: Si la irregularidad no afecta todo el procedimiento de elección, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las irregularidades, podría, ante la falta de un pronunciamiento en la sentencia: 1. Retomarse el procedimiento justo en el momento antes de que se presentó la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que parte de la actuación no estuvo viciada. 2. Llevarse a cabo un nuevo procedimiento y una nueva convocatoria, siempre y cuando no se desconozcan derechos adquiridos. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que la lista de elegibles es inmodificable una vez ha sido publicada y está en firme, toda vez que los aspirantes que figuran en dicho listado no tienen una mera expectativa de ser nombrados sino que, en realidad, son titulares de derechos adquiridos, empero en aquellos casos en los cuales solo se ha adelantado la etapa de inscripción, no puede hablarse de derechos adquiridos, porque hasta ese momento solo se tiene una mera expectativa de participar y eventualmente de acceder al cargo al que se postula. Sobre el particular esta Corporación ha dicho: "En lo relativo a la supuesta vulneración del derecho al trabajo, se debe resaltar que la presentación del concurso de méritos constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo, por lo que no se puede hablar de la vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público. Distinto sería cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso."

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: **CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00029-00(SU)

Actor: GERARDO ANTONIO ARIAS MOLANO

Demandado: JORGE ELIÉCER LAVERDE VARGAS - SECRETARIO DE LA COMISION SEXTA DEL SENADO

NULIDAD ELECTORAL - SENTENCIA DE UNIFICACION¹

Procede la Sala a resolver la demanda presentada por el señor Gerardo Antonio Arias Molano, en su propio nombre y en ejercicio del medio de control de nulidad previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, contra el acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde Vargas como secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el acta de 9 de septiembre de 2015 de esa comisión.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

En la demanda, el actor solicitó lo siguiente:

“PRIMERA: Declarar que es NULO el acto de ELECCION y POSESION del señor JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el ACTA CINCO (05) fechada del nueve 9 de septiembre de 2015 cuya publicación aún no se ha realizado formalmente en la Gaceta del Congreso de la República, en razón de los aspectos que se narran en el capítulo de los HECHOS de esta demanda.

SEGUNDA: ORDENAR, como consecuencia de las DECLARACIONES anteriores, al Congreso de la República, que realice los actos necesarios para que la Comisión de Acreditación Documental del CONGRESO DE LA REPUBLICA y, concretamente, la Comisión Sexta Constitucional Permanente del SENADO DE LA REPUBLICA, convoque a una nueva elección para designar al SECRETARIO de esa Comisión dando cumplimiento estricto a la sentencia del Consejo de Estado proferida dentro del proceso GERARDO ANTONIO ARIAS MOLANO contra EL CONGRESO DE LA REPUBLICA, Numerado con el 2014-125 acumulado con el 2014-28, fechada del 3 de agosto de 2015, con magistrado Ponente Doctor Alberto Yepes Barreiro, es decir, bajo la connotación especial de incluir dentro de

¹ Se profiere con la finalidad de unificar jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 270 del CPACA.

esta para su selección y /o nombramiento, exclusivamente a las personas que se inscribieron observando las formalidades de ley y dentro del término de la CONVOCATORIA, esto es, “a partir del día 02 de julio de 2014 a las 8 AM”, “hasta el día 04 de julio de 2014 a las 5 PM” y, en consecuencia, con exclusión de los inscritos con posterioridad, dentro de los cuales se encuentra el designado o seleccionado o nombrado JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS, tal como se establece en el cuerpo estructural de la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativo, del precitado Honorable Consejo de Estado.”

2. Hechos

El actor expuso varios hechos, pero los relacionados con la controversia aquí planteada son los siguientes:

Señaló que el Consejo de Estado decretó la nulidad del acto de elección del señor Jorge Eliecer Vargas Laverde contenida en el acta No. 02 de 5 de agosto de 2014 como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, por la presencia de anomalías sustanciales en una parte del trámite, concretamente, por el acto de reapertura de los términos de la convocatoria.

Con base en lo anterior, señaló que no se anuló el trámite en su integridad, sino desde la reapertura, razón por la cual el procedimiento adelantado en la convocatoria inicial hasta ese momento quedó vigente, con las reglas allí establecidas.

Destacó que a pesar de lo anterior, mediante las resoluciones 22 y 26 de 2015, proferidas por la Mesa Directiva del Congreso de la República, se ordenó la realización de una nueva convocatoria, en la cual se inscribieron 15 aspirantes, y quedó elegido el señor Jorge Eliecer Laverde Vargas, quien fue postulado, nombrado y posesionado el 9 de septiembre de 2015.

Sostuvo que con lo anterior, se omitió el cumplimiento de la sentencia proferida por el Consejo de Estado - Sección Quinta, al imponerse el nombramiento del señor Jorge Laverde, el cual había sido declarado ilegal.

3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que la expedición del acto acusado violó los artículos 1, 2, 4, 6, 13, 16, 17, 29, 83, 86, 90, 91, 92, 93, 113, 115, 116, 124 y 228 de la Constitución Política; 4, 6, 16, 17, 70, 1740 y 1742 del Código Civil; 302, 331 y 332 del CPC; 1, 2, 3, 5, 9, 10, 41, 65, 66, 67, 68, 69, 72, 74, 87, 88, 91, 103, 104, 135, 137, 139, 189, 192, 275, 229, 230 y 231 del CPACA; 46, 49, 50, 55, 60 y 138 de la ley 5 de 1992, por no acatarse la sentencia del Consejo de Estado.

Sostuvo que la implementación de una nueva convocatoria pública, no fue más que un medio para dar apariencia de legalidad al desconocimiento de la sentencia.

Explicó que a partir de que se profirió la sentencia del Consejo de Estado, el

Congreso de la República perdió la competencia para ordenar una nueva convocatoria. Destacó que la convocatoria inicial es un acto administrativo que tiene fuerza de ley suficiente para definir el desarrollo de la misma y por tanto constituye ley y el marco normativo que regla los requisitos y condiciones que deben observarse y cumplirse por parte tanto de los convocantes como de los participantes.

Consideró que el acto de convocatoria inicial, al haber sido evaluado por la autoridad judicial, haberse reconocido su legalidad y no haberse anulado, adquirió una dimensión imperativa superior, con la cual resultaba imposible su desconocimiento.

Además agregó que se violó el principio de legalidad porque no se cumplió con la ley propia de la convocatoria, que no es otra que la preestablecida, y por tanto aseguró que son ineficaces de pleno derecho las estipulaciones que contravengan lo dispuesto en el conjunto de normas que reglan las convocatorias y los trámites de selección, así como todos los actos que conduzcan a la ausencia de acatamiento de las providencias judiciales.

Manifestó que en este caso se desconoció el debido proceso, toda vez que en el desarrollo de la nueva convocatoria no se dio cumplimiento estricto a la ley, ya que se desconoció lo establecido en el acto inicial de convocatoria.

Advirtió que se vulneró el artículo 6 de la Constitución porque los servidores públicos que realizaron los actos anteriores y concomitantes a la elección y nombramiento del secretario de la Comisión Sexta, se extralimitaron en sus funciones al momento en que reabrieron el proceso de convocatoria y extendieron el plazo para la inscripción sin considerar lo establecido en la ley.

Señaló que se desconoció el artículo 13 de la Constitución, porque se dio un trato diferente para los participantes, al realizarse una nueva convocatoria que favoreció a unos en detrimento de los derechos ya consolidados de otros.

Acotó que se vulneró el artículo 29 de la Constitución, puesto que al reabrirse el proceso de convocatoria, se dejó a un lado el derecho contenido en la sentencia que anuló y se impidió la participación de los ciudadanos formalmente inscritos.

Precisó que en este caso se incurrió en la causal de nulidad del numeral 2 del artículo 137 del CPACA, porque se infringieron las normas en que debía fundarse la elección, al no tenerse en cuenta la sentencia que decidió sobre el asunto, y en consecuencia no se ajustó al debido proceso, por ausencia de las formalidades requeridas.

Añadió que al no haberse acatado la sentencia de nulidad, se asumió una competencia que no se tenía, y por cuyo uso se cambió el trámite y se incurrió en una irregularidad.

Finalmente indicó que en la persona elegida y nombrada no concurría el requisito

de elegibilidad, porque su inscripción se realizó fuera de los términos de ley y como consecuencia de unas irregularidades que se dieron durante todo el trámite.

4. Contestación de la demanda

4.1 Senado de la República:

A través de apoderado contestó la demanda y solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

En primer lugar afirmó que muchos de los argumentos y disposiciones constitucionales y legales que se citan en la demanda y se repiten en su corrección, no son propias del caso que ahora se estudia, sino del debatido y fallado por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 3 de agosto de 2015, por lo que no hay razón para hacer un análisis de fondo al respecto.

Precisó que en la sentencia del 3 de agosto de 2015 no se moduló los efectos de la declaratoria de nulidad y por tanto sus efectos son ex tunc.

Destacó que en ninguna parte de la decisión judicial antes citada, se ordena la reiniciación del proceso de convocatoria, ni se ordena tener como base los actos de trámite y las inscripciones y actos realizados, ni muchos menos excluir para la nueva elección a los inscritos en forma irregular, dentro de los que se incluye el señor Jorge Eliecer Laverde Vargas.

Agregó que el fallo no contempló ni dispuso un efecto diferente al general de la nulidad en el caso concreto, por lo que se debe tener en cuenta lo señalado sobre los efectos de la nulidad electoral en el tiempo, por la Sala de Consulta y Servicio Civil en el concepto No. 2085 de 9 de diciembre de 2011, que establece que la anulación judicial de cualquier acto administrativo tiene efectos ex tunc, es decir, abarca desde el origen o nacimiento del acto que el juez retira del mundo jurídico.

Manifestó que con la nueva convocatoria, escrutinio y elección no se desconoció el pronunciamiento judicial, sino que por el contrario, el procedimiento que se adelantó fue el indicado, porque al abrirse el nuevo proceso se garantizaron los principios de participación, pluralidad e igualdad de acceso a los cargos públicos.

4.2 Jorge Eliecer Laverde Vargas

Mediante apoderado contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones.

En primer lugar propuso la excepción de cosa juzgada y pidió estarse a lo resuelto en la sentencia de 3 de agosto de 2015.

Explicó que lo pretendido por el actor ya fue resuelto en la sentencia del 3 de agosto de 2015, a través de la cual se decretó la nulidad del acto de elección del señor Laverde Vargas por irregularidades en el trámite del procedimiento

administrativo de elección, decisión que produjo efectos ex tunc y retrotrajo las cosas al momento en que el acto nació o al estado en que se encontraban antes de la expedición del mismo, de manera que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que se tome.

De otra parte, argumentó que no se desconoció el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, porque el señor Jorge Eliécer Laverde Vargas al momento de la inscripción y elección, cumplía con todos los requisitos constitucionales y legales.

Reiteró que la nulidad del acto administrativo de elección tuvo como razón el procedimiento irregular para su emisión, y en ese sentido, su declaratoria cobijó todo el trámite por ser un elemento de la validez del acto, de manera que el estudio de la legalidad que realizó el juez se remite al origen o formación del acto, y por tanto no es procedente que sobre un aspecto que fue la causa de la declaratoria de nulidad, se cimente otro acto administrativo.

Acotó que el actor no señaló que disposiciones de la ley 5 de 1992, que regula este tipo de elecciones, fueron desconocidas. Por el contrario el proceso de elección, tal como se colige de todas las pruebas que obran en el expediente, se efectuó dentro del marco legal. Además indicó que de acuerdo con los artículos 46 y 50 de esta ley, el Senado de la República tiene la competencia para elegir a los secretarios de las comisiones.

Mencionó que los actos de trámite no pueden tenerse como situaciones jurídicas afianzadas de las cuales pueda concluirse la existencia de un derecho o una situación jurídica particular, sobre este punto citó la sentencia de la Sección Quinta proferida el 21 de enero de 1994, expediente número 4614, para argumentar que la nulidad produce efectos ex tunc, por lo que las situaciones no consolidadas entre el momento de la expedición del acto y la sentencia anulatoria del mismo, son afectadas por la decisión que se tome.

Alegó que se deben revisar las siguientes sentencias de esta Sección: expediente número 2004-00796-01 sentencia de 2 de noviembre de 2005, expediente número 2012000600 sentencia de 20 de marzo de 2013, expediente número 2009-0003 sentencia de 8 de abril de 2008 y expediente número 2007-0036 sentencia de 29 de mayo de 2009.

5. Actuación procesal

Mediante auto de noviembre seis (6) de 2015 fue inadmitida la demanda para que se reformularan las pretensiones y se ajustara el acápite de fundamentos de derecho de las pretensiones, es decir, que se indicaran en cuáles de las causales de anulación del artículo 275 del CPACA o del artículo 137 ibíd, incurría la elección. Para la subsanación de la demanda se otorgó el término de tres (3) días. (fls. 50 a 53 cdno ppal).

A través de auto de noviembre veintitrés (23) de 2015, se corrió traslado de la

medida cautelar. (fls. 72 a 74 cdno ppal)

Por auto de quince (15) de diciembre de 2015 se admitió la demanda y se negó la medida cautelar (fls. 144 a 160 cdno ppal).

Contestada la demanda, el siete (7) de marzo del presente año fue celebrada la audiencia inicial en la cual se denegó la excepción de cosa juzgada, por no existir identidad de objeto en los dos procesos (fls. 265 a 269 cdno ppal).

El diecisiete (17) de marzo de 2016, se continuó la audiencia inicial y se fijó el litigio de la siguiente manera:

“(...) el objeto de este medio de control de nulidad electoral es juzgar la legalidad de la elección del señor Jorge Eliecer Laverde Vargas como secretario general de la comisión sexta del Senado de la República para el período 2015 - 2018, contenida en el Acta N° 07 de nueve (9) de septiembre de dos mil quince (2015), publicada en la gaceta del Congreso número novecientos sesenta y dos (962) del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil quince (2015). Específicamente se estudiará si el acto de elección desconoce los artículos que cita el actor en su escrito de corrección a la demanda (fls. 57 a 69), y cuya acusación se concreta en la imposibilidad de convocar a un nuevo proceso para la elección a dicho cargo, en razón a que el accionante alega que debió haberse continuado con el procedimiento adelantado con ocasión de la convocatoria a elección que culminó con el Acta número 02 de dos mil catorce (2014), pues asegura que la sentencia del tres (3) de agosto de dos mil quince (2015) dictada en el proceso acumulado radicado bajo el número 2014 - 0128, solo afectó el trámite que se consideró irregular y mantuvo la legalidad del resto de procedimiento. Con tal fin se analizará si se incurrió en las causales de anulación de carácter general contenidas en el artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en cuanto a: i) la infracción de normas superiores en las que se debía fundar, ii) la falta de competencia de la entidad, que hace radicar en el presunto incumplimiento del fallo de nulidad dictado el tres (3) de agosto de dos mil quince (2015), pues considera que el Senado de la República no podía convocar de nuevo a una “inscripción para proveer el cargo de secretario de la comisión sexta constitucional permanente del Senado de la República”, sino que tenía que retrotraer la actuación de elección frente a los inscritos hasta antes de la prórroga ilegal, pues, según criterio del actor, así lo dispuso la sentencia del 3 de agosto de 2015, y iii) la específica de los actos electorales, en relación con la inelegibilidad que predica del demandado por cuanto estima que su inscripción en la convocatoria anulada se hizo de manera irregular al haber ocurrido en una prórroga ilegal, que fue el motivo de la anulación del acto de elección en el tantas veces referido fallo. Que por este motivo estaba impedido para participar el trámite que debía adelantarse para proveer el cargo, por haber sido excluido.”.

Al no haber pruebas pendientes por practicar y al considerar innecesaria la audiencia de alegaciones y juzgamiento, según lo dispuesto en el artículo 181 del CPACA, se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión. (Fols. 310 a 313 cdno ppal)

6. Alegatos de conclusión

6.1. Parte demandante:

Insistió en los argumentos de la demanda.

Reiteró que el Consejo de Estado en su sentencia no decretó la nulidad de la totalidad del trámite de convocatoria, sino de la parte final conocida como "reapertura", en cuyo desarrollo se inscribió el señor Laverde Vargas, quedando vigentes los actos anteriores a esa reapertura.

6.2. Parte demandada:

Senado de la República: Reiteró lo dicho en la contestación de la demanda.

Jorge Eliécer Laverde Vargas: Reiteró lo dicho en la contestación de la demanda.

7. Concepto del Ministerio Público

El procurador séptimo delegado ante esta Corporación señaló que solo el juez puede determinar los efectos de su decisión. Sostuvo que así ha procedido en casos en los que en el cuerpo de la sentencia se fija el sentido y alcance de la decisión, por lo que ante su silencio no le es dado a las partes o a quienes tienen que cumplirlas, interpretarlo.

Precisó que no habiéndose dispuesto en la sentencia nada sobre la preservación y validez del trámite, no se puede entender que se dejó a salvo, sino que corre la suerte del acto, es decir su nulidad.

Advirtió que en cuanto a la falta de competencia de la entidad para convocar a una nueva elección, no es un argumento que debe prosperar porque la sentencia no señaló condicionamiento alguno, tal como se dijo con antelación.

Agregó que si bien el demandante alega que hay una inhabilidad que recae sobre la persona elegida, lo cierto es que no precisó la norma que la consagra y no se probó que el demandado estuviera excluido del procedimiento que se desarrolló y adelantó por la Comisión Sexta del Senado con el fin de proveer ese cargo.

Por lo anterior, solicitó que se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Según el numeral 4º del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13-4 del Acuerdo No. 58 de 1999, la

Sección es competente para conocer este proceso, en única instancia.

2. Excepciones

La única excepción que se propuso fue la de cosa juzgada, por el apoderado del señor Jorge Laverde, la cual fue resuelta en la audiencia inicial que se llevó a cabo el 7 de marzo de 2016, suplicada y confirmada por el resto de los magistrados que integran la Sección.

3. Análisis de los cargos

De manera previa a estudiar los problemas planteados en este asunto, esta Sala establecerá las posibles consecuencias relacionadas con el cumplimiento de las órdenes dadas en los fallos de esta Sección, cuando se declara la nulidad del acto de elección por irregularidades en el trámite.

Fijado lo anterior, se estudiará si en este caso el acto demandado se profirió con expedición irregular, por haberse desconocido lo ordenado por esta Corporación en la sentencia de 3 de agosto de 2015 dentro del proceso acumulado 2014-0128. Resuelto este punto, se analizará si:

- (i) Con la expedición del acto demandado se desconocieron las normas superiores en las que se debía fundar.
- (ii) Se expidió con falta de competencia del Senado de la República, por no poder convocar de nuevo a una "inscripción para proveer el cargo de secretario de la comisión sexta constitucional permanente del Senado de la República", sino que tenía que retrotraer la actuación de elección frente a los inscritos hasta antes de la prórroga ilegal, y
- (iii) Se incurrió en inegibilidad del demandado, porque su inscripción en la convocatoria anulada se hizo de manera irregular, y por tanto estaba impedido para participar el trámite que debía adelantarse para proveer el cargo.

3.1 De las sentencias que declaran la nulidad del acto de elección por expedición irregular.

Si bien el artículo 288 del CPACA establece las consecuencias de las sentencias de nulidad electoral, no consagra las que se generen por la declaratoria de nulidad del acto por irregularidades en el trámite de su expedición, razón por la cual es necesario fijar las reglas correspondientes ante tal vacío normativo.

Al hacerse un estudio de las sentencias que se han proferido por parte de esta Sección al respecto, se encuentra que se han dado dos tipos de órdenes diferentes:

1. En algunos casos se ha declarado la nulidad de los actos por irregularidades en el procedimiento, y se han modulado los efectos de dicha declaratoria de nulidad. A manera de ejemplo puede verse:

Sentencia de 6 de octubre de 2011, expediente número 11001-03-28-000-2010-00120-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro:

“6. Los efectos del fallo

La Sala es consciente de las importantes funciones que desempeña el CNE como una de las principales autoridades de la Organización Electoral y de las repercusiones negativas que se generarían si en época electoral se desintegra dicha Corporación.

En consecuencia, si bien la Sección Quinta de esta Corporación decretará la nulidad del acto que declaró la elección de los miembros del CNE, contenida en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto de 2010, del Congreso de la República y se ordenará a dicha Corporación que, antes del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), se lleve a cabo una nueva elección, los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para la próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral.

Huelga manifestar, como se ha expresado en otra ocasión que si bien la práctica de modulación de los efectos de los fallos se ha dado principalmente en el ámbito del control abstracto que ejercen los tribunales constitucionales sobre las leyes, a fin de determinar si éstas se ajustan o no al ordenamiento superior, en Colombia no ha sido de empleo exclusivo de la Corte Constitucional, pues el Consejo de Estado ha procedido en múltiples ocasiones a condicionar sus fallos en desarrollo de su competencia de juez constitucional de los actos emanados del ejecutivo. No obstante lo anterior, en su actividad reciente, esta Corporación ha empezado a hacer extensiva esta práctica, al ámbito del control de legalidad de actos administrativos de carácter general y por ende nada impide que los efectos jurídicos de la presente decisión se difieran en el tiempo.

Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia.”

En estos casos, en donde se establecen claramente los efectos, deben cumplirse en los términos dados en la sentencia debidamente ejecutoriada, tal como lo establece el inciso 6º del artículo 189 del CPACA², aplicable por remisión del artículo 296 Ibíd.

2. En otros casos en la sentencia solo se ha declarado la nulidad del acto electoral -por irregularidades en el trámite de su expedición-, pero no se hace modulación de los efectos. Al no darse una orden en concreto, se genera incertidumbre sobre los posibles efectos de dicha declaratoria, y por tanto la Sección ha establecido posturas diferentes al respecto:

a) En sentencia de 29 de mayo de 2009, expediente número 11001-03-28-000-2007-00036-00, M.P. Filemón Jiménez Ochoa³, esta Corporación, ante tal vacío consideró que se debía adelantar una nueva convocatoria. Al efecto sostuvo:

*“(…) Si la nulidad de un acto administrativo declarada por vía jurisdiccional, **tuvo como razón el procedimiento irregular para su emisión, su declaratoria cobija todo el trámite por ser elemento de la validez del acto, por ende, no es procedente, que sobre un aspecto que fue la causa de la declaración de nulidad, se cimiente otro acto administrativo. Si así ocurriere, se incurriría en la misma causal de nulidad en el nuevo acto.***

Esta Sala, en su sentencia del 23 de marzo de 2007, anuló el acto de elección del señor César Augusto Domínguez Ardila como Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, del 9 de agosto de 2006, por violación al debido proceso establecido en la norma trascrita, al disponer la reapertura de la etapa de postulaciones, procedimiento que no se hallaba contemplado, capaz de viciar de nulidad el acto por la causal de expedición irregular.

(…)
En los términos anteriores, el acto de elección es el acto administrativo en sentido estricto, porque contiene una decisión definitiva de elección, susceptible de control por la vía jurisdiccional, en tanto que los actos que lo preceden son actos preparatorios o de trámite. De allí que los actos que se profieran en el proceso de elección en comento, que se produzcan contraviniendo las reglas establecidas en la ley, afectan la validez del acto definitivo, y el análisis de su legalidad por vía jurisdiccional es procedente en la medida en que se proponga dentro de la acción de nulidad del acto definitivo, bajo el cargo de violación al debido proceso y/o expedición irregular, tal como se deduce del artículo 84 inciso segundo del C.C.A.

² Artículo 189 CPACA: *“(…) **Las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias** y quedan sometidas a la formalidad del registro de acuerdo con la ley.”* (Negrillas fuera del texto original)

³ Posición fue reiterada en la sentencia de 8 de abril de 2010, expediente número 1100103280002009000300, M.P. Mauricio Torres Cuervo

(...)

En el caso presente, por los efectos ex tunc de la sentencia del 23 de marzo de 2007 de esta Sala, por la cual se anuló el acto de elección del señor César Augusto Domínguez Ardila como Secretario de la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes, de fecha 9 de agosto de 2006, por defecto en el elemento de la validez denominado forma, quedó sin validez la actuación adelantada por esa Comisión, preparatoria de la elección, y se produjo, como consecuencia, la vacancia del cargo.

En tal virtud, correspondía a la Comisión Primera Constitucional Permanente, disponer lo pertinente para suplir la vacancia del cargo de Secretario, en aplicación de los artículos 21 y 136 de la Ley 5ª de 1992.”⁴ (Negrillas fuera del texto original)

En esa ocasión, esta Sección fue tajante en establecer que cuando se declare la nulidad de un acto de elección por irregularidades en el trámite, es necesario llevar a cabo un nuevo procedimiento con una nueva elección.

b) También ha considerado, que los efectos de dicha declaratoria de nulidad implicaban continuar con el proceso, a partir de lo no afectado por la irregularidad en el trámite. Al respecto pueden verse los siguientes autos, por medio de los cuales se adicionaron los fallos de declaratoria de nulidad:

Auto de 22 de octubre de 2015, expediente número 2014-00132, M.P. Alberto Yepes, por medio del cual se adicionó la sentencia de la siguiente manera:

“En consecuencia, el fallo mencionado se adicionará de oficio, en el sentido de indicar que la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva convocatoria para llevar a cabo la sesión en la que habrá de elegirse al Director General de la CRQ; y, solo si aquello no es jurídica o físicamente posible, se iniciará el proceso nuevamente desde las fases previas a la designación de dicho funcionario.”

Auto de abril 7 de 2016, expediente número 2015-00002, M.P. Rocío Araujo, en el que se adicionó la sentencia así:

“Si bien resulta viable en sede de nulidad electoral que se revisen actos intermedios que puedan viciar el acto final de elección, tal circunstancia no se presentó en el caso concreto en el cual los Acuerdos Nos. 039, 040 y 041 no se examinaron, toda vez que la ilegalidad del acto final de elección surgió de la calidad de rector-candidato del elegido y no del procedimiento adelantado.

Tal situación jurídica hace imperativo que la Sala se pronuncie en el caso concreto sobre los efectos de la nulidad, por lo que adicionará el fallo en el sentido de indicar que la declaratoria de nulidad implica la

realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Superior Universitario habrá de elegir al Rector de la UPTC, de la lista definitiva de candidatos admitidos.”

Visto lo anterior, y toda vez que se han dado ambas posturas, con la finalidad de unificar criterio sobre las consecuencias que se pueden derivar de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición, cuando no se modulen los efectos, esta Sala precisará las posibles consecuencias:

Si la irregularidad no afecta todo el procedimiento de elección, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las irregularidades, podría, ante la falta de un pronunciamiento en la sentencia:

1. Retomarse el procedimiento justo en el momento antes de que se presentó la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que parte de la actuación no estuvo viciada.
2. Llevarse a cabo un nuevo procedimiento y una nueva convocatoria, siempre y cuando no se desconozcan derechos adquiridos. Al respecto la Corte Constitucional ha dicho que la lista de elegibles es inmodificable una vez ha sido publicada y está en firme, toda vez que los aspirantes que figuran en dicho listado no tienen una mera expectativa de ser nombrados sino que, en realidad, son titulares de derechos adquiridos, empero en aquellos casos en los cuales solo se ha adelantado la etapa de inscripción, no puede hablarse de derechos adquiridos, porque hasta ese momento solo se tiene una mera expectativa de participar y eventualmente de acceder al cargo al que se postula. Sobre el particular esta Corporación ha dicho:

*“En lo relativo a la supuesta vulneración del derecho al trabajo, se debe resaltar que la presentación del concurso de méritos **constituye una mera expectativa que sólo puede concretarse con la superación de todas las etapas del mismo**, por lo que no se puede hablar de la vulneración del derecho al trabajo sino de la presunta afectación de una aspiración de acceder a un empleo público. Distinto sería cuando la persona acreedora a un nombramiento en un cargo de carrera no es designada pese a integrar la lista de elegibles y haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso.”⁵ (Negrillas fuera del texto original)*

3.2 Caso concreto

Por medio de la sentencia de 3 de agosto de 2015, proferida dentro del expediente número 2014-000128 (acumulado), esta Corporación decidió la demanda de nulidad electoral contra la elección del señor Jorge Eliécer Laverde Vargas como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, para el período 2014-2018.

⁵ Sentencia de 29 de noviembre de 2012, expediente número: 23001-23-33-000-2012-00067-01. M.P. Gerardo Arenas Monsalve

La demanda se presentó por irregularidades en el trámite de expedición y el estudio se concretó en resolver si el Senado de la República podía variar los términos de la convocatoria pública, sin vulnerar el trámite que la ley y la misma convocatoria fijaron para el efecto.

En dicha providencia se encontró que:

- La modificación del plazo concedido en la convocatoria inicial, realizado a través del acto de 3 de julio de 2014, no vulneró el debido proceso, porque se debió al acaecimiento de una fuerza mayor ya que la jornada laboral del Congreso de la República durante el día en el cual se vencía el término concedido para presentar los documentos solo se llevó a cabo hasta las 2.00 pm, es decir 3 horas antes de la fijada en la convocatoria de 25 de junio de 2014.

- La reapertura de la convocatoria, hecha por medio del acto de 10 de julio de 2014, sí vulneró el debido proceso, puesto que no era permitido por la convocatoria inicial, y no fue consecuencia de una fuerza mayor o caso fortuito.

Por lo anterior, se concluyó de la siguiente manera:

"5. Conclusión

De lo expuesto en precedencia se concluye que el acto de elección se encuentra viciado de nulidad por la causal de expedición irregular, habida cuenta que Senado de la República desconoció los plazos contenidos en la convocatoria sin tener justificación para ello.

Por lo expuesto, se declarará la nulidad del acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional del Senado contenido en el Acta del 2 de agosto de 2014 advirtiendo a los sujetos procesales que contra esa decisión no procede recurso alguno.

II. LA DECISION

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

IV. RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la nulidad del acto de elección del señor Jorge Eliécer Laverde como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional del Senado contenido en el Acta del 2 de agosto de 2014.

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

Debe resaltarse que la Sección Quinta si bien declaró la nulidad del acto de elección por la referida irregularidad en el procedimiento administrativo que se adelantó para la elección del secretario, no hizo ningún pronunciamiento sobre los efectos de esa declaración, ni sobre el procedimiento que debía adelantarse para llevar a cabo la nueva elección.

Precisado lo anterior, en este caso en el estudio que se hizo por parte de esta Corporación en la sentencia de nulidad, se estableció el momento preciso a partir del cual se vició el procedimiento de elección, esto es desde el acto de "reapertura" de la convocatoria, razón por la cual el Senado de la República tenía dos opciones para llevar a cabo la elección:

1. Continuar el proceso que se adelantó, justo antes del acto de la "reapertura", que fue donde se originó la irregularidad que dio lugar a la declaratoria de nulidad.
2. Adelantar una nueva convocatoria y permitir el libre acceso a la participación de la ciudadanía interesada, ya que no había derechos adquiridos, puesto que la parte del proceso inicial que no fue viciada de irregularidad solo correspondió a la inscripción, es decir, aún no se había evaluado el cumplimiento de requisitos de los participantes.

Ahora bien, de las pruebas que obran en el expediente se advierte que en cumplimiento de la sentencia, la Dirección General Administrativa del Senado de la República profirió la resolución No. 875 de septiembre 7 de 2015⁶ por medio de la cual resolvió retirar del servicio al funcionario Jorge Eliécer Laverde Vargas del cargo de Secretario General de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República.

Asimismo, profirió la resolución No. 026 de septiembre 1 de 2015 de la secretaría General⁷, a través de la cual se convocó a los ciudadanos interesados en participar en el proceso de selección y elección del cargo de secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente, por encontrarse en vacancia definitiva⁸, y se establecieron los siguientes términos:

"Apertura: Miércoles 02 de septiembre de 2015 a partir de las 8:00 AM

Cierre: Viernes 04 de septiembre de 2015 a las 5:00 PM

Recepción de documentos: Secretaría General del Senado - Primer Piso Capitolio Nacional

Publicación de la lista de inscritos: Lunes 07 de septiembre de 2015

Publicación de lista de acreditados: Martes 08 de septiembre de 2015

Elección: la fecha será establecida por la comisión" (fls 174 a 176)

⁶ Folios 76 y 77

⁷ Folios 174 a 176

⁸ El párrafo del artículo 11 de la ley 3 de 1992 establece que las faltas absolutas de Secretario darán lugar a nueva elección; las temporales serán suplidas por el Oficial Mayor de la Comisión.

En esa nueva convocatoria, se inscribieron las siguientes personas: Jorge Eliécer Laverde Vargas, Mabel Encarnación Meriño Oviedo, Gabriel Parra Cifuentes, Fabián Elías Paternina Martínez, Armando Enrique Monsalve Vásquez, Silvio Posada Castaño, Jairo Villamil Hernández, Rosalba López Gómez, Antonio Segundo Martínez Hoyer, William Betancour Lemus y Roberto Elías Salcedo Martínez.

Por medio del acta No. 003 de 2015⁹, la Comisión de Acreditación Documental, dejó la constancia de la revisión de las hojas de vida, así como de la acreditación de los requisitos, y mediante un informe¹⁰ señaló que todos los inscritos cumplían con los requisitos para ser acreditados.

Agotado el anterior procedimiento, el 9 de septiembre de 2015, los integrantes de la Comisión Sexta Constitucional Permanente se reunieron a efectos de elegir al secretario. De los inscritos, postularon a los señores Rosalba López y Jorge Laverde, llevaron a cabo las votaciones, y resultó elegido con 8 votos el señor Jorge Laverde.

En la sesión se hicieron las siguientes precisiones:

“(…) El Presidente: (…) Sr. Secretario, sírvase dar testimonio y además de eso, ratificar a esta comisión que la elección que se procede a hacer, Ud. Como Notario del Congreso, se hace de acuerdo al cumplimiento, primero que todo de la Constitución Nacional, segundo de la ley Quinta que es el reglamento del Congreso y tercero de las resoluciones que tienen vigencia y rigen para el caso (...); y a la vez verificar los nombres de las personas que fueron seleccionadas por la Comisión de Acreditación, de lo cual formarán parte en el acta de la sesión las notificaciones y el procedimiento que llevó a cabo la Comisión de Acreditación (...) a efecto de que podamos entrar a hacer las postulaciones y la correspondiente elección (...)

*El Secretario: Sí Sr. Presidente, en la Ley Quinta, que es orgánica, hay un artículo específico sobre el procedimiento para estos temas de elección, que es el artículo 136 y viene paso a paso, discriminadamente, cómo se va surtiendo este evento en cada una de las comisiones. Cada elección debe haber sido convocada previamente, en el caso actual hay unas connotaciones que no han tenido las otras elecciones: Hubo un fallo del Consejo de Estado, Sección Quinta, que declaró nula la elección del Secretario de la comisión por una razón de procedimiento. Como se notificó en esta semana, **se produce un vacío o falta absoluta**; la Ley Quinta ordena en el artículo 49 que hay que proceder a elegir cuanto antes, eso es lo que está haciendo la comisión”* (Negritas fuera del texto original)

De acuerdo con lo anterior, para la Comisión Sexta Constitucional Permanente por haberse presentado una falta absoluta como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección del señor Jorge Laverde, correspondía adelantar el trámite

⁹ Fls. 179 y 180

¹⁰ Fls 181 a 184

establecido en la ley 5 de 1992, es decir una nueva convocatoria para elegir al secretario de esa comisión.

En este contexto, esta Sala encuentra que no se desconoció la orden dada por esta Corporación al haberse adelantado una nueva convocatoria, puesto que es claro que en el fallo no se modularon los efectos de la declaratoria de nulidad, razón por la cual dicha Corporación podía bien continuar el proceso inicial en lo no afectado por la declaratoria de nulidad por haberse adelantado de manera regular, o abrir una nueva convocatoria, por no haber derechos adquiridos de los participantes, puesto que en la primera convocatoria, la parte regular del procedimiento que se agotó solo fue la de inscripción de los participantes.

Resuelto este primer aspecto, es necesario advertir que no están llamados a prosperar las demás cuestiones planteadas en la demanda, puesto que tienen como fundamento justamente el incumplimiento de la orden dada en el fallo de agosto 3 de 2015.

Así en la fijación del litigio, se establecieron los siguientes puntos a resolver:

- (i) Establecer si con la expedición del acto demandado, se desconocieron las normas superiores en las que se debía fundar, al haberse realizado una nueva convocatoria.

No se encuentra vulneración alguna a las normas constitucionales y legales mencionadas en la demanda, puesto que el Senado de la República, tal como se dijo con antelación, no desconoció la orden dada en el fallo de nulidad, y por tanto bien podía convocar un nuevo proceso para la elección del Secretario.

- (ii) Determinar si se expidió con falta de competencia del Senado de la República, por no poder convocar de nuevo a una “inscripción para proveer el cargo de secretario de la comisión sexta constitucional permanente del Senado de la República”, sino que tenía que retrotraer la actuación de elección frente a los inscritos hasta antes de la prórroga ilegal, pues, y

Es claro tal como se dijo, que el Senado de la República podía abrir un nuevo procedimiento de elección con fundamento en lo establecido tanto en las leyes 3 y 5 de 1992 como en la resolución 022 de 2015, toda vez que el fallo no moduló los efectos de la nulidad.

Así, el artículo 11 de la ley 3 de 1992 establece:

“En cada Comisión Constitucional Permanente habrá un Secretario, elegido, por la mayoría de los votos de los asistentes para el respectivo período constitucional de las Comisiones Permanentes. Deberá, además de reunir las mismas calidades constitucionales exigidas para ser miembros de la respectiva Cámara, tener conocimiento sobre los temas de su competencia.”

Las Mesas Directivas de las Comisiones Constitucionales Permanentes postularán, ante las Mesas Directivas de las Cámaras respectivas, los empleados que la ley haya establecido para su servicio exclusivo.

PARAGRAFO. Las faltas absolutas de Secretario darán lugar a nueva elección; las temporales serán suplidas por el Oficial Mayor de la Comisión.”

Con base en esta norma, y ante la falta absoluta del secretario, se podía convocar un nuevo procedimiento para su elección.

- (iii) Analizar si se incurrió en inegibilidad del demandado, porque su inscripción en la convocatoria anulada se hizo de manera irregular, y por tanto estaba impedido para participar el trámite que debía adelantarse para proveer el cargo.

En relación con este argumento, debe reiterarse que el motivo por el cual se declaró la nulidad de la elección fueron las irregularidades en el procedimiento, razón por la cual no había ningún impedimento para que el señor Jorge Laverde, pudiera participar en la nueva convocatoria, y quedar elegido, previa verificación del cumplimiento de todos los requisitos.

Así las cosas ninguno de los cargos elevados en la demanda tiene vocación de prosperidad y por ende, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no ha sido desvirtuada por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

Primero: Deniégnese las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Notifíquese la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Tercero: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Presidenta

ROCIO ARAUJO OÑATE
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado