



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 11001-03-28-000-2016-00009-00

Radicado Interno: 2016-0009

Actor: Luis Felipe Aguirre Vásquez

**Demandado: Johnny Alberto Avendaño Estrada – Director de la
Corporación Autónoma de Sucre**

Nulidad Electoral – Auto Admisorio con Suspensión Provisional

Se pronuncia la Sala sobre: **(i)** la admisión de la demanda electoral contra el Acuerdo N° 012 de 19 de noviembre de 2015 por medio del cual el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Sucre -en adelante CARSUCRE- designó como Director de dicha entidad al señor **Johnny Alberto Avendaño Estrada** y **(ii)** la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda

En ejercicio del medio de control de nulidad electoral el señor Luis Felipe Aguirre Vásquez solicitó que se declare la nulidad del Acuerdo N° 012 de 19 de noviembre de 2015 por medio del cual el Consejo Directivo de CARSUCRE designó como Director de dicha corporación autónoma al señor **Johnny Alberto Avendaño Estrada**.

Del análisis de los elementos hasta ahora obrantes en el expediente, se puede concluir que la demanda se fundamenta en los siguientes hechos:

1. El 24 de septiembre de 2015 el Consejo Directivo de CARSUCRE expidió el Acuerdo N° 0006 a través del cual se adoptó el procedimiento para la elección del Director General de la entidad para el período institucional 2016-2019, y se estableció el cronograma para adelantar el referido proceso.
2. Por Acuerdo N° 0008 de 6 de octubre de 2015, se modificó el cronograma inicialmente establecido.
3. El 27 de octubre de 2015 se suscribió “*acta de cierre de inscripciones*” para la convocatoria al cargo de Director General de CARSUCRE.
4. El 30 de octubre de 2015 se presentó un informe preliminar de verificación de cumplimiento de requisitos y se formuló lista de habilitados para ocupar el cargo de director.
5. El 12 de noviembre de 2015 se dio a conocer el listado de elegibles en la cual se encontraba el demandado.
6. Mediante Acuerdo N° 012 de 19 de noviembre de 2015 el Consejo Directivo eligió al señor **Avendaño Estrada** como Director de CARSUCRE.

A juicio de la parte actora el acto acusado se encuentra incurso en la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, toda vez que, en el proceso de elección del Director de CARSUCRE no se garantizó el principio del mérito, pues la persona que resultó designada no era la mejor “*perfilada*” para ocupar dicho cargo.

El demandante aseguró que pese a que la convocatoria señaló que se guiaría por los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad, lo cierto es que aquellos no se respetaron, comoquiera que el Consejo Directivo de CARSUCRE no publicó el análisis que realizó de las hojas de vida de los participantes y del cual concluyó que la persona que resultó elegida era quien estaba mejor capacitada para desempeñarse como Director de CARSUCRE.

Sostuvo que la elección por voto discrecional del Consejo Directivo de CARSUCRE no permite la protección de los referidos principios, sino que permite los intereses partidistas.

Aseveró que en ningún momento se presentó un informe acerca de los perfiles de los candidatos, de forma que se pudiera determinar con facilidad cuál era el que detentaba mejores calidades para ocupar el cargo de Director.

Según el criterio de la parte actora, el proceso de elección no cumplió con el principio de publicidad, pues no se informó: i) el contenido de las hojas de vida de los aspirantes habilitados, ii) la calificación de los *curriculum vitae* aportados y iii) cuál era el perfil que los candidatos debían cumplir para convertirse en director de la Corporación Autónoma Regional de Sucre.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional de la elección acusada por lo dispuesto en el inciso final del artículo 277 del CPACA y el numeral 4 del artículo 149 del mismo estatuto.

Además, con ocasión de lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 del Consejo de Estado, el conocimiento de los asuntos electorales radica en la Sección Quinta.

2. Sobre la admisión de la demanda

De cara al escrito de la demanda y el que la subsanó, compete a la Sala pronunciarse sobre su admisión.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del CPACA, los anexos relacionados en el artículo 166, la constatación de no haber incurrido en una indebida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas, según lo señalado en el artículo 281 *ibídem*, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166 *ibídem*.

Frente a la designación de las partes, por auto de 26 de enero de 2016 se advirtió que de manera errada, el demandante señaló como demandado el Consejo Directivo de CARSUCRE, cuando dicha calidad le corresponde al señor Johnny Alberto Avendaño Estrada.

Mediante memorial radicado el 1 de febrero de 2016 en la Secretaría de la Sección, el demandante subsanó la demanda para dirigirla contra el señor Jhonny Alberto Avendaño Estrada, por lo que están debidamente designadas las partes.

Asimismo, se advierte que las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, se narraron los hechos que la fundamentan, se identificaron las normas que se consideran violadas, se desarrolló el concepto de la violación y se explicó por qué, según el criterio del demandante, la designación del señor Avendaño Estrada como Director General de CARSUCRE está viciada de nulidad.

En efecto, la parte actora considera que el proceso que culminó con la designación del demandado, se adelantó, por parte del Consejo Directivo de CARSUCRE, con violación de los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad y mérito porque el elegido no es la persona con el mejor perfil para ocupar el cargo entre quienes fueron habilitados en la convocatoria. En este orden de ideas, puso de presente que el acto acusado transgredió los artículos 40 numeral 7, 125 y 209 de la Constitución Política; 1º de la Ley 1263 de 2008 y 3º del CPACA. Asimismo, desconoció las sentencias C-105 de 2003 y C-288 de 2014.

También, i) con el libelo se anexaron y solicitaron pruebas, ii) se suministraron las direcciones para las notificaciones personales de las partes, y iii) la demanda puesta a consideración de la Sala se fundamenta, únicamente, en reproches de tipo subjetivo en cumplimiento de los parámetros establecidos por el artículo 281 de la normativa procesal electoral.

Igualmente, la demanda fue inadmitida por cuanto el demandante no había aportado copia del acto acusado, situación subsanada pues obra en el expediente copia simple del acto contenido en el Acuerdo No. 012 de 19 de noviembre de 2015¹, proferido por el Consejo Directivo de CARSUCRE, mediante el cual se designó al señor **Johnny Alberto Avendaño Estrada** como Director General de esa corporación.

Finalmente, es de anotar que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del CPACA, que indica:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término

¹ Folios 63-64 del Expediente.

se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.

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

Así las cosas, como el acto demandado es de 19 de noviembre 2015, y la demanda fue radicada el 9 de diciembre siguiente, se concluye que esta se presentó en tiempo, pues entre una y otra fecha transcurrieron 13 días hábiles.

Aunque en el expediente no reposa constancia acerca de la publicación del acto acusado y la norma en cita exige que la caducidad de la acción se cuente después de la publicación del mismo, es claro que si contando el término de caducidad desde la expedición del acuerdo la demanda está en término, por obvias razones, también lo está si se cuenta desde su publicación que se entiende posterior a su expedición.

Por lo expuesto, **la demanda se admitirá.**

3. Sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado

3.1. La suspensión provisional se gobierna actualmente por lo dispuesto en el artículo 231 del CPACA en estos términos:

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

Según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Huelga manifestar que la decisión sobre la medida cautelar² que se profiera es provisional, **no constituye prejuzgamiento** ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una definición distinta, dado que en el transcurrir de la actuación procesal es factible el arribo de nuevas pruebas y/o la presentación de nuevos argumentos, que determinen resolver el asunto en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

3.2. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

En el acápite de la demanda en el que se **solicitó la suspensión provisional del acto acusado**³ el actor expuso las razones por las cuales, a su juicio, debía decretarse la medida cautelar.

En efecto, la parte actora manifestó que en este caso la medida es procedente por el perjuicio de la ejecución del acto demandado pues el Consejo Directivo de CARSUCRE, (i) no respetó los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución: moralidad, igualdad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia y publicidad; (ii) no tuvo en cuenta el “proceso de concurso” establecido en el artículo 125 constitucional y (iii) no aplicó los principios legales establecidos en el artículo 3º del CPACA, en razón a que no publicó los perfiles de las hojas de vida de los habilitados para evidenciar quién tenía el mejor perfil y reunía las calidades y requisitos para ser el director de una corporación autónoma regional, como obliga un concurso de méritos.

3.2.1. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 4 de febrero de 2015, el Consejero Ponente **ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional** de la designación de **Johnny Alberto Avendaño Estrada** como Director General de CARSUCRE, al demandado, al Consejo Directivo de CARSUCRE, a la Agencia de Defensa Jurídica para el Estado y al Ministerio Público.

3.2.2. El demandado

A través de apoderada judicial, el señor **Johnny Alberto Avendaño Estrada** se opuso a la prosperidad de la medida cautelar.

² Respecto a las medidas cautelares consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 8 de octubre de 2014, radicación 11001-03-28-000-2014-00057-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez y Consejo de Estado.

³ Folios 14 del expediente.

Para sustentar su posición, aseveró que de los documentos aportados para sustentar la solicitud de medida cautelar, se advierte que no se ha incurrido en irregularidades que trasgredan las normas contenidas en la Ley 99 de 1993 y los estatutos internos de la corporación que regulan lo concerniente a la elección del director, ni las demás disposiciones invocadas por el demandante, por las siguientes razones:

(i) El actor se equivoca al considerar que para la designación del Director de CARSUCRE deben surtirse todas las etapas “comunes y corrientes” de un concurso público de méritos.

(ii) El empleo de Director de CARSUCRE no es un cargo de carrera administrativa, sino de período para cuya designación el Consejo Directivo goza de discrecionalidad.

(iii) No existe ninguna disposición legal que imponga el deber de realizar un concurso de méritos para la designación del Director de CARSUCRE, por tanto, el Consejo Directivo de esa entidad no tenía el deber de implementar prueba de conocimientos y aptitudes ni entrevista dentro del procedimiento desarrollado para escoger al director.

(iv) La elección del Director de CARSUCRE se hizo bajo presupuestos legales, en especial lo contemplado en los artículos 27 y 28 de la Ley 99 de 1993 en cuanto asignan al Consejo Directivo la atribución de elegir al Director General mediante un proceso cumplido en su seno, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo No. 00006 de 24 de septiembre de 2015 modificado por el Acuerdo No. 00008 de 6 de octubre de 2015.

Por tanto, no hubo violación al debido proceso pues las reglas del proceso de selección se ciñeron a dichas normas y se cumplieron a cabalidad, prueba de ello es que atendiendo la convocatoria se inscribieron 32 aspirantes, de los cuales 24 cumplieron los requisitos previstos en el Decreto 1076 de 2015 y la circular 1000-2-115203 de 27 de noviembre de 2006 expedida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

(v) El nombramiento efectuado por el Presidente del Consejo Directivo en favor del demandado fue previamente avalado por la Junta Directiva, en la forma que ordenan los estatutos pues alcanzó la mayoría absoluta de votos para acceder al cargo de Director General de CARSUCRE.

(vi) No es cierto que el señor Avendaño Estrada no tenga las calidades para ser designado Director de CARSUCRE, pues cuando se inscribió para participar en el proceso, contaba con los requisitos exigidos y publicados en el aviso de convocatoria en la página web.

Luego de relacionar los títulos y experiencia del demandado, su apoderada concluyó que cumple cada uno de los requisitos exigidos en la convocatoria y demás normas legales, con lo que desvirtúa la presunta vulneración del inciso 5º del artículo 275 CPACA.

Finalmente solicitó se niegue la suspensión provisional puesto que de los documentos aportados al expediente no se puede establecer la vulneración de las normas que rigen el proceso de elección del señor Avendaño Estrada como Director de CARSUCRE.

3.2.3. El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado

El Ministerio Público mediante escrito presentado el 10 de febrero del 2015 solicitó que no se accediera al decreto de la medida cautelar.

Para fundamentar su posición, la vista fiscal manifestó que en la actualidad no se observa la vulneración del acto acusado respecto de las normas en que debería fundarse, pues el sistema de méritos que echa de menos el actor no se encuentra consagrado para enervar efectos de la designación del director general de las corporaciones autónomas regionales, pues sobre este aspecto la normativa que reglamenta la materia no lo consagró como factor determinante para la escogencia, por lo que los organismos de dirección de dicha entidad resultan siendo autónomos para adoptar el procedimiento de selección que razonablemente consideren apropiado.

Las corporaciones autónomas regionales en el marco de su autonomía, por intermedio de sus propias autoridades son competentes para determinar el sistema a emplear para la designación de su director. En ese orden, consideró que *“el momento no es oportuno para hacer una consideración conforme la argumentación del actor, esto es, de si es posible aplicar régimen de carrera administrativa para los cargos de periodo fijo, pues en su entender ese es el querer del legislador. Empero, se repite, esa consideración a la fecha no puede ser aceptada, pues para ello debe procederse a evaluar si debe o no variarse el precedente jurisprudencial que sobre la materia ha sentado la autoridad judicial correspondiente.”*

Por otra parte, para el Procurador Delegado, la supuesta vulneración de los principios de moralidad, igualdad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia y publicidad no puede ser valorada por cuanto no existe material probatorio para determinar si en efecto CARSUCRE omitió o no la publicación de actuaciones del procedimiento electoral. Igual sucede frente a la afirmación del demandante según la cual uno de los concursantes tenía un mejor perfil que el designado, pues en el expediente no obran las hojas de vida para determinar quién tiene la mejor aptitud para el ejercicio del cargo.

Concluyó que no existe certeza respecto a que el acto administrativo vulnere las normas en que debería fundarse o que el candidato elegido tenga menos capacidades o pergaminos que otros para acceder a ese cargo.

3.3. Caso concreto

Como se explicó, la parte actora solicitó la suspensión provisional del acto demandado, comoquiera que, a su juicio, se materializó la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, toda vez que no se eligió al mejor candidato, puesto que el Consejo Directivo de CARSUCRE, (i) no respetó los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución: moralidad, igualdad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia y publicidad; (ii) no tuvo en cuenta el “*proceso de concurso*” establecido en el artículo 125 constitucional y (iii) no aplicó los principios legales establecidos en el artículo 3º del CPACA, en razón a que no publicó los perfiles de las hojas de vida de los habilitados para evidenciar quién tenía el mejor perfil y reunía las calidades y requisitos para ser el director de una corporación autónoma regional, como obliga un concurso de méritos.

En ese orden, corresponde a la Sala verificar: (i) si se hayan probados los supuestos de hecho en los que el actor fundamenta la solicitud de la medida cautelar, y (ii) efectuar el análisis jurídico pertinente que permita verificar la materialización de los requisitos que conduzcan a la suspensión provisional.

El artículo 231 del C.P.A.C.A. prevé dos eventos en los cuales es viable decretar la suspensión provisional de un acto, así: “*cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, [primer evento] cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o [segundo evento] del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.*”. Estos dos supuestos

son disimiles, pues la ocurrencia de uno u otro dependerá de las circunstancias particulares del caso puesto a consideración del juez.

En efecto, en el **primer evento**, se autoriza la suspensión provisional del acto cuando *“la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas”*, es decir, cuando del examen del acto acusado y de las normas que se consideran infringidas se concluya que existe una vulneración al ordenamiento jurídico.

Al respecto, cabe recordar que en la actualidad, ya no es necesario que la violación sea ostensible como exigía el derogado Decreto 01 de 1984, sino que la nueva codificación avala que el juez efectúe un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento.

Por su parte, el **segundo evento** en el cual es posible decretar la suspensión provisional del acto acusado, ocurre cuando la violación surge *“del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”*.

En el caso concreto, el estudio de la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos que en la actualidad produce el acto de designación del señor Avendaño Estrada, como Director General de CARSUCRE, debe abordarse desde el primero de los escenarios previstos en el artículo 231 del CPACA para lo cual deberán tenerse en cuenta los siguientes argumentos:

El nombramiento de un director de una corporación autónoma regional corresponde, por mandato del artículo 27 numeral j de la Ley 99 de 1993, al consejo directivo de cada entidad. Dicho funcionario será elegido para un período de 4 años, según lo dispone el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008.

Por su parte, la norma en mención establece que *“[e]l proceso de elección de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberá realizarlo el Consejo Directivo en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo.”*

Ahora bien, el Decreto 1768 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”*, señala que el director de las

corporaciones autónomas regionales será elegido y nombrado por el consejo directivo y tendrá la calidad de empleado público; nada dice respecto a la forma o procedimiento a seguir al efecto.

En ese orden, puede concluirse con facilidad que i) el cargo de director de una corporación autónoma regional, no es de carrera, sino de período fijo; ii) su designación compete al consejo directivo de la entidad y iii) no existe un mandato legal que imponga una forma determinada a efectos de realizar el nombramiento⁴.

Lo anterior implica que no es un empleo de carrera administrativa, sino que se trata de un cargo de período, que según lo previsto en el artículo 5º numeral 1º de la Ley 909, está exceptuado del régimen de carrera⁵.

Ahora bien, frente al desconocimiento de los principios que el actor alega, la Sala considera necesario transcribir, *in extenso*, por resultar pertinente para el análisis del presente asunto, lo dicho en sentencia de 3 de marzo de 2014⁶:

“La Sala... encuentra apropiado recordar que según el artículo 125 Constitucional, por regla general el acceso a los empleos ofrecidos por el Estado se surte por el sistema de carrera administrativa, que es un procedimiento de oposición en el que los interesados se someten a un proceso de selección en que la Administración... evalúa diferentes aspectos de las capacidades personales, profesionales y académicas de los aspirantes, con el ánimo de obtener resultados cuantitativos que sustenten la ulterior escogencia de los ganadores con base en el mérito, es decir en un factor eminentemente objetivo.

*Con todo, el artículo 125 Superior determinó que no todos los cargos ofrecidos por el Estado son de carrera, pues al efecto precisó que “Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales **y los demás que determine la ley.**” (Se imponen negrillas). Es decir, que el constituyente autorizó al legislador para consagrar otras categorías de cargos que no fueran provistos por el sistema de carrera administrativa, como así ocurrió con los cargos de período fijo de los directores generales de las*

⁴ El Decreto No. 2555 de 16 de octubre de 1997 establece el procedimiento para la designación del Director General de las Corporaciones, sin embargo, para la Sala es importante poner de presente lo dicho al respecto: “aunque el Decreto 2555 de 1997 fue objeto de modificaciones por parte de los Decretos 3345 de 2003, y 2011 (lo derogó), 3685 y 4523 de 2006, esta Sección ya tuvo oportunidad de precisar que la norma actualmente vigente es el texto original del Decreto 2555 de 1997, porque el Decreto 3345 de 2003 fue anulado por la Sección Primera de esta Corporación, y porque los Decretos 2011, 3685 y 4523 de 2006 fueron suspendidos provisionalmente por la Sección Segunda de esta Corporación.” Sentencia de 3 de marzo de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00026-00, Demandante: Norbey Castro Gil; Demandado: Corporación Autónoma Regional de Caldas.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

Corporaciones Autónomas Regionales, que como ya lo determinó la jurisprudencia de esta Sección, no son de carrera y por lo mismo están excluidos de dicho régimen. Veamos:

“Sin embargo, aún queda por resolver este interrogante: ¿Por virtud del principio del mérito la elección de Director de la CAR debió estar precedida de prueba de conocimientos y aptitudes, y una entrevista?

El constituyente, en el artículo 125 Superior, fijó algunas pautas de interés para absolver el anterior interrogante.

En primer lugar, que por regla general los empleos públicos son de carrera, lo cual significa que para acceder a ellos se debe realizar un proceso público de selección inspirado en el mérito de los aspirantes, quienes por lo mismo deben someterse a la presentación y aprobación de las pruebas que al efecto se establezcan...

*En segundo lugar, que se exceptuaron del régimen de carrera los empleos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales “y los demás que determine la ley.” De lo último se deriva que el constituyente defirió en el legislador la competencia para prescribir qué otros empleos no están sujetos al régimen de carrera. Así lo entendió el legislador, quien en su momento expidió la Ley 443 de 11 de junio de 1998... en cuyo artículo 5º hizo la clasificación de empleos y determinó que no estaban cobijados por el régimen de carrera los de elección popular, **los de período fijo según la Constitución y la ley**, algunos que se ejercieran en las comunidades indígenas, los de trabajadores oficiales y los de libre nombramiento y remoción. Además, aunque esta ley fue derogada en la mayoría de sus artículos⁷ con la expedición de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004... ésta ley reprodujo la anterior clasificación de empleos en el artículo 5º, en particular en el sentido de excluir del régimen de carrera dichos cargos, entre ellos los de período fijo según la Constitución y la ley.*

Y, en tercer lugar, que las autoridades facultadas para determinar el sistema de nombramiento de los cargos públicos, son el constituyente y el legislador. Es decir, que únicamente ellos pueden establecer si un cargo público es de carrera, de período fijo o de libre nombramiento y remoción, etc. Cualquiera otra autoridad que incursione en la materia estará actuando por fuera de sus competencias legalmente asignadas y los actos que así profiera estarán viciados de nulidad.

Igual apreciación hizo la Corte Constitucional al declarar la exequibilidad del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, pues sostuvo:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la C.P., los empleos en los órganos del Estado son de carrera, salvo los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley; en esa perspectiva, la facultad de determinar cuándo un empleo es de libre nombramiento y remoción le corresponde al legislador.... Sobre el tema ha dicho la corte:

.....

Ahora bien, existen cargos que en principio caben dentro de la categoría de los de libre nombramiento y remoción, pero que sin embargo el legislador ha querido que sean de período fijo, lo que implica que el retiro antes de que éste haya terminado, está supeditado a las causales que para el efecto fije la ley y no a la mera voluntad discrecional del nominador; ese es el caso de los directores generales de las Corporaciones Autónomas Regionales, cargo que por decisión del legislador le corresponde proveer al consejo directivo de dichas entidades, para un período de tres años, y respecto del cual se autoriza la reelección.”⁸

Conforme a las anteriores reglas, y teniendo en cuenta que según el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, el Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales es elegido para un período

⁷ La Ley 909 de 2004 mantuvo la vigencia de los artículos 24, 58, 81 y 82 de la Ley 443 de 1998. Así lo dispuso en su artículo 58.

⁸ Sentencia C-1345 de 4 de octubre de 2000. M.P. Fabio Morón Díaz.

institucional de cuatro años, resulta dable afirmar, a su vez, que su provisión está excluida del sistema de carrera, y que por lo mismo el Consejo Directivo de la CAR no tenía el deber de implementar prueba de conocimientos y aptitudes y una entrevista dentro del procedimiento desarrollado para escoger al Director.

Pensar que con sólo acudir a los principios constitucionales bastaba para inferir que el Consejo Directivo de la CAR tenía el deber de adoptar un proceso de selección propio de los cargos públicos sometidos al régimen de carrera, pese a estar claro que el cargo de Director no forma parte del mismo, sería tanto como asumir una postura contraria al ordenamiento Superior, que como se dijo reservó para el constituyente y el legislador la competencia de fijar la forma en que deben proveerse los cargos del Estado.”⁹

En el pronunciamiento anterior esta Sección determinó que el cargo de director general de Corporación Autónoma Regional no es de carrera administrativa, pero además de ello, igualmente hizo precisión en torno a que principios constitucionales como el mérito, la igualdad y la publicidad, no son suficientes para colegir que en todos los casos la elección de dicho dignatario debe estar precedida de un proceso de selección, pues tratándose de una competencia propia del legislador, solamente éste puede determinarlo. (...)

Adicionalmente, la Sala deja en claro que los empleados públicos, que se identifican por tener con el Estado una relación legal y reglamentaria, pueden estar al frente de cargos cuya designación obedece a distintas formas de provisión.

Está el caso de los empleos pertenecientes a la carrera administrativa, evento en el cual la discrecionalidad del nominador es inexistente, en atención a que el nombramiento debe necesariamente recaer en la persona que de acuerdo con la lista de elegibles es el llamado a nombrarse en virtud a que superó en puntaje a los demás participantes.

También se hallan los cargos de libre nombramiento y remoción, frente a los cuales la Administración goza de discrecionalidad, comoquiera que basta que adopte la decisión en tal sentido, sin sujetarse a procedimientos previos.

Igualmente están los cargos que sin ser de carrera administrativa, deben proveerse mediante concurso de méritos, como es el caso de las Empresas Sociales del Estado, en las que el director es de período fijo, y pese a ello debe hacerse una convocatoria pública para integrar una terna con los tres aspirantes mejor calificados, a efectos de que el nombramiento se haga en la persona que haya alcanzado el más alto puntaje... Como podrá notarse, aquí la Administración carece de discrecionalidad a la hora de proveer el cargo.

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 19 de septiembre de 2013. Expedientes acumulados: 110010328000201200051-00 y otros. Demandante: Eduardo Carmelo Padilla Hernández y otros. Demandado: Director CAR. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Y, se hallan los cargos de período que pueden ser designados discrecionalmente dado que no existe ninguna disposición que fije una reglamentación para ello. La Sala se refiere al caso de los directores de las Corporaciones Autónomas Regionales, respecto de los cuales el ordenamiento Constitucional y legal no ha dispuesto que deban nombrarse mediante un concurso de méritos o de un proceso de selección. Ello no impide que la Corporación, si así lo decide, adelante un trámite para la escogencia de los nombres de las personas con mejor desempeño en el proceso, que serán suministradas al Consejo Directivo para que haga la designación, que por ello no desnaturaliza el ejercicio de la discrecionalidad y que no puede confundirse con un concurso de méritos. (...)

Lo dicho hasta el momento evidencia que el cargo de director general de Corporación Autónoma Regional no es un cargo de carrera administrativa sino de período fijo, para cuya designación el Consejo Directivo de la entidad goza de discrecionalidad. Esta distinción tiene importantes implicaciones a la hora de determinar la forma como se accede al mismo, puesto que si bien es el legislador la autoridad competente para definir la forma de acceder a esas dignidades, en la actualidad no se cuenta con ninguna disposición jurídica, de rango legal, que establezca el deber de hacer un concurso de méritos.”

La Sala acoge y reitera en esta oportunidad los anteriores argumentos, que frente a los cargos propuestos por el demandante para fundamentar la solicitud de suspensión provisional, permiten concluir que no obstante el Consejo Directivo de CARSUCRE decidió adelantar un proceso público para designar al Director General de la entidad, ello no implica que esté sometido a resultados cuantitativos que le impongan la escogencia del ganador con base en el mérito, es decir en un factor eminentemente objetivo y, en ese orden, no está supeditado a las reglas propias del concurso de méritos que obliguen al nombramiento de quien obtenga el mejor puntaje, pues se insiste, el órgano elector goza de discrecionalidad.

Para la Sala, es clara la distinción entre un concurso de méritos para proveer un cargo de carrera y una convocatoria pública para hacer lo propio en cargos de período fijo. En el segundo caso, se surte un procedimiento administrativo cuya finalidad es la difusión de la convocatoria y garantizar la diversidad de perfiles a juicio del órgano que tiene a cargo el nombramiento y no la escogencia objetiva de un ganador que es la conclusión del concurso.

Es decir, en el concurso de méritos se surte una competencia entre los participantes a efectos de escoger el mejor, sin que haya consideraciones ajenas a las reglas objetivamente fijadas; mientras que en la convocatoria existe un margen de discrecionalidad, que en modo alguno implica arbitrariedad.

Por otra parte, el reproche del actor respecto a que el demandado no tiene el “*mejor perfil*” para ocupar el cargo de Director General de CARSUCRE, no solo carece de soporte probatorio -pues no se aportaron las hojas de vida de los candidatos habilitados a efectos de hacer un ejercicio comparativo-, sino que no cuenta con sustento jurídico, pues como se indicó, la designación que realiza el Consejo Directivo de CARSUCRE es discrecional.

Con base en las consideraciones que preceden, en la parte resolutive de esta providencia se negará la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Por lo expuesto se,

III. RESUELVE:

Primero. Admitir la demanda electoral instaurada contra el acto de designación del señor **Johnny Alberto Avendaño Estrada** como Director General de CARSUCRE. Por lo anterior se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia al señor **Johnny Alberto Avendaño Estrada**, y a su apoderada, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del CPACA a las direcciones electrónicas obrantes a folios 89 y 146 del expediente.¹⁰
2. Notifíquese personalmente esta providencia al Consejo Directivo de CARSUCRE, a través de su Presidente¹¹. (Art. 277.2 Ib.).
3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).
4. Notifíquese por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

¹⁰ De conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del CGP cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales. Estos correos electrónicos fueron aportados por la parte actora en el trámite de suspensión provisional.

¹¹ El Gobernador de Sucre es el Presidente del Consejo Directivo de dicha Corporación Autónoma, por lo que podrá ser notificado en la dirección electrónica para notificaciones judiciales de que disponga esa entidad. De conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del CGP cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 lb.).

6. Comuníquese esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del CPACA.

SEGUNDO: Negar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado