



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: *CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO*

Bogotá, D.C., treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

RADICACIÓN NÚMERO: 11001-03-28-000-2016-00067-00 (acumulado)
ACTORA: ANA ISABEL CUARTAS OSPINA
DEMANDADO: CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA
ASUNTO: NULIDAD ELECTORAL- FALLO

Procede la Sala a resolver las demandas presentadas por Ana Isabel Cuartas Ospina y Daniel Silva Orrego, ambos en su propio nombre, 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 Carlos Alfonso Negret Mosquera como defensor del pueblo.

I. ANTECEDENTES

1. 1. Expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00

1.1.1. Pretensiones

En la demanda, la actora solicitó lo siguiente¹:

¹ Folios 1 a 17.

“La nulidad de la elección del doctor Carlos Alfonso Negret Mosquera como Defensor del Pueblo llevada a cabo en la sesión ordinaria de la Cámara de Representantes el día 16 de agosto de 2016.”

1.1.2. Hechos

La actora expuso varios hechos, pero los relacionados con la controversia aquí planteada son los siguientes:

Señaló que el 10 de agosto de 2016 el Presidente de la República conformó la terna para que la Cámara de Representantes eligiera al defensor del pueblo, con los nombres de Carlos Alfonso Negret Mosquera, Caterina Heyck Puyana y Andrés Santamaría Garrido.

Mencionó que el 16 de agosto de 2016 se llevó a cabo la sesión ordinaria de la Cámara de Representantes en la que resultó electo como defensor del pueblo el señor Carlos Alfonso Negret Mosquera.

Advirtió que para esta elección no se realizó convocatoria pública, en la que se debían establecer los requisitos y procedimientos para garantizar los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito, tal como lo prevé el artículo 126 de la Constitución Política.

1.1.3. Normas violadas y concepto de la violación

La demandante afirmó que la expedición del acto acusado violó los artículos 125 y 126 de la Constitución Política; y el artículo 49 de la Ley 909 de 2004.

Al respecto, sostuvo que el artículo 126 de la Constitución Política es claro en señalar que la elección de los servidores públicos que esté atribuida a una Corporación Pública, debe

estar precedida de una convocatoria pública en la que se fijen los requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito.

Afirmó que la elección del defensor del pueblo radica en cabeza de la Cámara de Representantes, conforme lo dispuesto en los artículos 178 y 281 superiores, razón por la que deben respetarse los mencionados principios.

Luego de citar el concepto del 10 de noviembre de 2015, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado², expuso que para la conformación de la terna para la elección de que se trata, se debió acudir a una convocatoria pública que respetara los principios constitucionales mencionados, puesto que el ejecutivo ha llevado a cabo esta clase de procesos para la designación de cargos de libre nombramiento y remoción del nivel directivo, desde la expedición de la Ley 909 de 2004.

Sostuvo que si bien es cierto la Carta establece que la convocatoria debe estar regulada en la ley, no es menos cierto que la omisión del Legislador en su expedición no puede servir de pretexto para desconocer el mérito como criterio de selección de un servidor público.

Manifestó que para la designación del contralor general y los contralores del orden territorial, tampoco existe ley que regule el procedimiento para su elección, no obstante, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el concepto antes referido, señaló que en aras de salvaguardar los principios constitucionales previstos en el artículo 126 superior, se deben aplicar por analogía las normas que garanticen tales principios, de suerte que no se requiere de una regulación específica para este tipo de elecciones.

Mencionó que, no es del todo cierto que no exista una norma que sirva de fundamento para los procesos de meritocracia,

² Radicación: 11001-03-06-000-2015-00182-00. Consejero ponente: Álvaro Námen Vargas.

dado que el artículo 49 de la Ley 909 de 2004 establece un procedimiento para el ingreso a los empleos de naturaleza gerencial.

Señaló que el artículo 125 de la Constitución Política dispone que los funcionarios del Estado deben ser nombrados por concurso público, y que los empleos en las entidades estatales son de carrera, por lo que su ingreso debe contemplar el procedimiento en mención.

Sostuvo que el mérito, como criterio de selección para la provisión de los cargos públicos que no son de carrera, se encuentra avalado en virtud de reconocimiento constitucional y en razón a los fines estatales y los derechos fundamentales.

1.1.4. Coadyuvancia

El señor Miguel Antonio Cuesta Monroy intervino como coadyuvante de la parte demandante en los siguientes términos³:

Señaló que es inconcebible que la elección del demandado se haya apartado de la convocatoria pública, por cuanto esta es una garantía del principio de igualdad en la medida que propende por eliminar la práctica de acceso a los cargos públicos con base en criterios partidistas, como es el caso del señor Negret Mosquera, quien viene “*con evidente impedimento*”, de ser secretario general del partido con la bancada más grande de la Cámara de Representantes.

Adujo que la elección de que se trata desconoció el artículo 135 del Código Electoral, que ordena que cuando el número de votos es mayor que el de sufragantes, deben ser introducidos nuevamente en la urna y sacarlos “*a la suerte tantos sobres cuantos sean los excedentes y sin abrirlos se quemarán inmediatamente*”, lo cual no se hizo y, en su lugar, se repitió la elección, según consta en las actas aportadas por la

³ Folios 63 a 65.

demandante.

1.2. Expediente 11001-03-28-000-2016-00074-00

1.2.1. Pretensiones

En la demanda, el actor solicitó lo siguiente⁴:

“ÚNICA: Se declare la nulidad de la elección del ciudadano CARLOS ALFONSO NEGRET MOSQUERA como Defensor del Pueblo, contenida en el acta de sesión plenaria No. 159 de la Cámara de Representantes correspondiente al 16 de agosto de 2016.”

1.2.2. Hechos

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

Señaló que el 10 de agosto de 2016 el Presidente de la República conformó la terna para que la Cámara de Representantes eligiera al defensor del pueblo, con los nombres de Carlos Alfonso Negret Mosquera, Caterina Heyck Puyana y Andrés Santamaría Garrido.

Mencionó que el 16 de agosto de 2016 se llevó a cabo la sesión de la Cámara de Representantes en la que resultó electo como defensor del pueblo el señor Carlos Alfonso Negret Mosquera.

Advirtió que el elegido tomó posesión del cargo el 1° de septiembre de 2016.

1.2.3. Normas violadas y concepto de la violación

El demandante afirmó que la expedición del acto acusado violó el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el

⁴ Folios 1 a 19.

artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015.

Al respecto, señaló que la elección del defensor del pueblo corresponde a la Cámara de Representantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 281 de la Constitución Política y el artículo 2 de la Ley 24 de 1992.

Agregó que, en vista de lo anterior, la elección de que se trata, por estar asignada a una corporación pública, debe observar lo previsto por el inciso cuarto del artículo 126 superior, que tácitamente derogó el referido artículo 281 *ibidem*, que establecía que la elección se debe hacer por una terna de libre confección por parte del Presidente de la República.

Explicó que por el principio de supremacía constitucional, las antinomias entre normas constitucionales y actos de carácter inferior, como es en este caso el demandado, deben ser resueltas a partir del criterio de jerarquía normativa, según el cual siempre prevalecerá la norma constitucional.

Sostuvo que el Consejo de Estado, al referirse al texto del artículo 126 de la Constitución Política, destacó que la convocatoria pública no implica absoluta discrecionalidad del órgano elector, pues el procedimiento queda sujeto a la regulación legal y a los principios de mérito, equidad de género, publicidad, participación y transparencia⁵.

Advirtió que, en el caso que nos ocupa, no se llevó a cabo la convocatoria pública de que trata la norma superior bajo cita, toda vez que el Presidente de la República “confeccionó” directamente la terna y la envió a la Cámara de Representantes, la cual eligió al defensor del pueblo entre aquellos que la conformaban y, con ello, se desconocieron los principios de transparencia y mérito, debido a que no se permitió la participación de ciudadanos que cumplieran los requisitos para el cargo.

⁵ Citó el concepto 2274 de la Sala de Consulta y servicio Civil, del 10 de noviembre de 2015.
Radicación: 1100103-06-000-2015-00182-00. Consejero ponente: Álvaro Námen Vargas.

Sostuvo que el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, fue concluyente al indicar que toda elección de servidores atribuida a corporaciones públicas, debe estar precedida de una convocatoria que satisfaga los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

Agregó que, por lo anterior, el Presidente de la República debió implementar la convocatoria para conformar la terna para la elección del *sub lite*.

Precisó que la Sección Quinta del Consejo de Estado, en la sentencia del 17 de noviembre de 2005, enfatizó que la validez del acto de elección depende de la observancia de las normas superiores que regulan cada proceso de convocatoria⁶.

Resaltó que la complejidad de la elección materia de cuestionamiento, no es óbice para cumplir lo previsto en el artículo 126 de la Constitución Política, máxime cuando la norma no establece excepción alguna a la obligación de adelantar la convocatoria pública.

Destacó que el procedimiento para la elección del fiscal general de la Nación, se asimila a la del defensor del pueblo, y en la actualidad contempla un trámite para la conformación de la terna de candidatos mediante el Decreto 450 de 2016.

Reiteró que el Presidente de la República debió adelantar un trámite de convocatoria pública similar al del decreto aludido, para así atender las previsiones del artículo 126 de la Constitución Política, sin embargo ello no fue así y, por ello, se desatendieron los principios de la Carta, principalmente el de transparencia y criterio del mérito.

Mencionó la decisión de esta Sala, en la que se suspendió provisionalmente la elección de los tres miembros del Consejo

⁶ Radicación: 15001-23-31-000-2004-00372-02. Consejero ponente: Filemón Jiménez Ochoa.

de Gobierno Judicial, en razón a la omisión de los principios cuyo desconocimiento se alega en este caso, por cuanto, en su criterio, no se llevó a cabo un proceso de convocatoria⁷.

Así mismo, señaló que esta Sección *“ha entendido que aunque usualmente los procedimientos de elección a cargo de autoridades, están permeados por un margen de autonomía e independencia, lo cierto es que estos no pueden ser arbitrarios, ni ajenos a los principios constitucionales”*⁸.

Adujo que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, al referirse a la elección de los contralores territoriales, señaló que para su designación se puede aplicar por analogía lo previsto en la ley para la elección de los personeros municipales⁹, y en otro concepto recalcó que se debe atender el criterio del mérito por virtud del artículo 126 de la Constitución Política¹⁰.

Finalmente, advirtió que esta Sala anuló la elección de los miembros permanentes del Consejo de Gobierno Judicial, por violación del mencionado artículo 126, por cuanto la misma debía estar precedida de una convocatoria pública¹¹, ante lo que concluyó que la elección del señor Negret Mosquera como defensor del pueblo desatendió principios de rango constitucional, sin que sea admisible la inexistencia de una ley que regule la materia.

2. Contestación de la demanda

⁷ Citó el auto del 15 de diciembre de 2015. Exp. 11001-03-28-000-2015-00048-00. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

⁸ Citó la sentencia del 3 de agosto de 2015. Exp. 11001-03-28-000-2014-00128-00. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

⁹ Citó el concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015. Exp. 11001-03-06-000-2015-00182-00. Consejero ponente: Álvaro Námen Vargas.

¹⁰ Citó el concepto 2276 del 19 de noviembre de 2015. Exp. 11001-03-06-000-2015-00198-00. Consejero ponente: Álvaro Námen Vargas.

¹¹ Citó la sentencia del 13 de octubre de 2016. Exp. 11001-03-28-000-2015-00048-00. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

En la medida que las contestaciones de las demandas acumuladas son de contenido similar, se sintetizarán de la siguiente manera:

2.1 Carlos Alfonso Negret Mosquera

A través de apoderado contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones¹².

En primer lugar, afirmó que la elección del defensor del pueblo no se encuentra sometida al proceso de convocatoria pública de que trata el artículo 2° del Acto legislativo 02 de 2015, toda vez que en su artículo 24 (modificatorio del artículo 281 de la Constitución Política), se mantuvo el mecanismo de conformación de terna por parte del Presidente de la República para ser remitida a la Cámara de Representantes.

Explicó que la intención del constituyente derivado fue la de excluir la elección del defensor del pueblo de los procesos de convocatoria pública, además que la misma es compleja por cuanto en ella intervienen el ejecutivo y el Congreso.

Luego de citar el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, el cual modificó el artículo 126 superior, indicó que si bien en principio la elección del defensor del pueblo, por estar atribuida a una corporación pública, debe estar precedida de una convocatoria, cualquier duda al respecto queda disipada con el artículo 24 *ibidem*, de acuerdo con el cual el referido funcionario debe ser elegido por la Cámara de Representantes, de terna elaborada por el Presidente de la República.

Con fundamento en lo anterior, explicó que la referida norma hizo una modificación sustancial que hace referencia a la autonomía del defensor del pueblo, quien ya no está sometido a la dirección del procurador general de la Nación, y sólo se mantuvo el mecanismo para su elección con fundamento en la

¹² Folios 743 a 763 del expediente 11001-03-28-000-2016-00074-00, y 66 a 81 del expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00.

terna elaborada por el Presidente de la República.

Mencionó que el planteamiento del demandante, según el cual la elaboración de la terna debe estar precedida de una convocatoria, implica dejar sin fundamento la facultad presidencial para conformarla.

Indicó que la elección del defensor del pueblo se rige por reglas especiales, no solo las contenidas en el artículo 281 de la Constitución Política, sino las previstas en el artículo 2 de la Ley 24 de 1993, de lo que se colige que el artículo 126 de la Carta, referido a la elección de servidores públicos en general, no es aplicable a la elección del defensor del pueblo, según lo entendió esta Sala al negar la solicitud de suspensión provisional.

Reiteró que, de acuerdo al análisis histórico de la reforma constitucional incorporada con el Acto Legislativo 02 de 2015, la intención del constituyente derivado fue la de excluir la elección del defensor del pueblo de mecanismos de convocatoria pública.

Sostuvo que tanto en la Cámara de Representantes como en el Senado, se propuso modificar la forma de elección del defensor del pueblo para realizarla a través de convocatoria pública, sin embargo, estas propuestas no fueron aprobadas, según puede inferirse del acta de la sesión plenaria del Congreso 736 de 2015, y en general en el trámite legislativo que dio lugar a la reforma al equilibrio de poderes.

Agregó que el referido análisis concuerda, además del artículo 281 constitucional, con el artículo 125 *ibidem*, de acuerdo con el cual los funcionarios cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución Política o la ley, serán nombrados por concurso público.

Al respecto, expuso que la elección del defensor del pueblo está determinada por la Constitución Política y la ley, concretamente

en el artículo 281 Superior y el artículo 2 de la Ley 24 de 1992, con el sistema de terna, de manera que encuadra en la excepción prevista en el citado artículo 125 constitucional.

Adujo que la elección de que se trata es un acto complejo, que entraña no solo la elección a cargo de la Cámara de Representantes, sino que comprende la preselección de unos elegibles mediante la terna que elabora el Presidente de la República.

Precisó que según lo ha dicho esta Sala¹³, la conformación de la terna en cabeza del Presidente de la República, es un acto de naturaleza discrecional, y si bien tal pronunciamiento se produjo antes del Acto Legislativo 02 de 2015, tiene plena vigencia para analizar el caso concreto por cuanto las reglas para la elección del defensor del pueblo no se modificaron.

De otro lado, afirmó que no es procedente aplicar por analogía los mecanismos de elección de convocatoria pública, como se propone en la demanda, toda vez que el ejercicio de la función pública está regido por el principio de legalidad, lo que en el presente caso implica que, según el artículo 126 superior, es la ley la que fija los requisitos y procedimientos que garanticen la publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito.

Por lo anterior, agregó que no era procedente que la Cámara de Representantes fijara un reglamento de convocatoria pública para que el Presidente de la República conformara la terna, so pena de incurrir en la prohibición del numeral 1° del artículo 136 de la Constitución Política.

Añadió que tampoco son aplicables los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado citados en la demanda, que se refieren a la elección de los contralores departamentales, municipales y distritales, por cuanto la

¹³ Sentencia del 29 de julio de 2001. Exp: 11001-03-28-000-2000-00033-01 (2429). Consejero ponente: Darío Quiñonez Pinilla.

Constitución Política expresamente eliminó el sistema de elección a cargo de los tribunales administrativos y superiores, y en su lugar se estableció el sistema de convocatoria pública, lo que no ocurrió con la elección del defensor del pueblo, que mantuvo el mecanismo de terna.

Afirmó que el sistema de analogía sólo opera ante la inexistencia de norma específica que regule el asunto, lo que no es el caso de la elección del defensor del pueblo, por cuanto la misma está prevista en la Constitución Política y la ley.

Precisó que el artículo 49 de la Ley 909 de 2004 no fue desatendido, toda vez que el mismo no es aplicable al proceso de elección del defensor del pueblo, por cuanto no hace parte de la Rama Ejecutiva, que es el supuesto previsto en esa norma.

Así mismo, sostuvo que la suspensión y posterior anulación de la elección de los miembros del Consejo de Gobierno Judicial no es precedente para este caso, toda vez que se trata de un órgano colegiado de la Rama Judicial, que implicó la sustitución de la Constitución Política, según lo sentenció la Corte Constitucional en sus providencias C-285 de 2016 y C-373 de 2016, además que la elección del defensor del pueblo se rige por normas distintas, aspecto que destacó esta Sección al negar la solicitud de suspensión provisional.

Aseveró que la reglamentación para la conformación de la terna para la elección del fiscal general de la Nación tampoco resulta aplicable al caso, por cuanto su elección no está atribuida a una Corporación Pública sino a la Corte Suprema de Justicia.

Propuso las excepciones que denominó *“La elección del defensor del Pueblo no se encuentra sometida al proceso de convocatoria pública de que trata el artículo 2° del Acto legislativo No. 02 de 2015”* y *“Genérica”*.

2.3. Departamento Administrativo de la Presidencia de la

República

Por conducto de apoderado, se pronunció en los siguientes términos¹⁴:

Advirtió que la tesis de la demanda, según la cual el procedimiento para elegir al defensor del pueblo es el previsto en el artículo 126 de la Constitución Política, no es correcta por cuanto la misma sólo aplica a las elecciones en donde la corporación pública de que se trate, tenga plena autonomía en la escogencia de los candidatos, y en el presente caso la votación se hace sobre la terna que integra de manera exclusiva el Presidente de la República, quien cuenta con discrecionalidad a la hora de conformarla.

Expuso que el artículo 281 Superior regula la postulación de los candidatos para defensor del pueblo, sin que imponga al primer mandatario una regla relacionada con los criterios del mérito, de manera que el concepto de terna no es compatible con el mecanismo previsto en el artículo 126 constitucional.

Sostuvo que por razón de lo previsto en el artículo 281 *ibidem*, la convocatoria pública para proveer el cargo de defensor del pueblo debe ser reglada, pero no por el legislador, sino por el propio Presidente de la República en ejercicio de su poder reglamentario.

Indicó que el Consejo de Estado ha reiterado el carácter discrecional de las listas y ternas, cuando analizó la problemática derivada de la terna para la elección del fiscal general de la Nación en el año 2010¹⁵, de tal suerte que el artículo 126 de la Carta no resulta aplicable al caso.

Adujo que la anterior interpretación tiene respaldo en el trámite

¹⁴ Folios 356 a 365 del expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00, y 424 a 433 del expediente 11001-03-28-000-2016-00074-00.

¹⁵ Citó el concepto 2043 del 28 de octubre de 2010 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

que dio lugar al Acto Legislativo 02 de 2015, según se desprende de las consignas de la gaceta 736 de 2016, en donde consta que la proposición que buscaba incluir al defensor del pueblo en los procesos de convocatoria pública no prosperó.

Explicó que la Ley 909 de 2004 no es aplicable al caso, toda vez que la misma se refiere a los procesos de elección de empleos de la Rama Ejecutiva.

2.4. Cámara de Representantes

Por conducto de apoderado judicial, contestó la demanda de la siguiente manera¹⁶:

Sostuvo que la Constitución Política le otorgó al Presidente de la República la facultad de elaborar la terna para la elección del defensor del pueblo.

Aclaró que la Cámara de Representantes no efectúa concursos de méritos, sino que sólo tiene la facultad de elegir al defensor del pueblo, como en efecto ocurrió.

Mencionó que lo referido a la conformación de la terna para el cargo en cuestión, ya fue materia de análisis por parte de esta Sección, en la sentencia del 29 de junio de 2001¹⁷.

Sostuvo que la Comisión de Acreditación Legal de la Cámara de Representantes, mediante el acta 037 de 2016, acreditó el cumplimiento de los requisitos por parte de los ternados para aspirar al cargo de defensor del pueblo, y en virtud de ello se realizó la elección.

Advirtió que la parte demandante se equivocó al señalar que el artículo 126 de la Carta derogó tácitamente el artículo 281

¹⁶ Folios 577 a 582 del expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00, y 710 a 718 del expediente 11001-03-28-000-2016-00074-00.

¹⁷ Sentencia 2429.

ibidem, dado que el mismo conservó plena vigencia en todas sus partes, en el sentido de conferir al primer mandatario la facultad de conformar la terna en cuestión, además que no existe ley que reglamente la convocatoria para tal efecto.

Sostuvo que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, que trajo a colación la parte actora, no son aplicables al presente caso, dado que ellos se refieren a la elección de los contralores territoriales, los cuales tienen su propia reglamentación en el artículo 272 de la Constitución Política.

Adujo que la exigencia de la parte demandante, según la cual el Presidente de la República debió llevar a cabo una convocatoria, no está prevista en la Constitución Política ni en la ley.

3. Actuación procesal

3.1. Expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00

Mediante auto del 29 de septiembre de 2016 se dispuso la admisión de la demanda, y se ordenó su notificación al demandado, a la Cámara de Representantes y al Presidente de la república¹⁸.

La Secretaría de la Sección Quinta, mediante escrito de paso al despacho del 4 de noviembre de 2016, informó, entre otros aspectos, que en la referida sección cursaba un proceso de nulidad electoral con radicación 11001-03-28-000-2016-00074-00, que podía ser objeto de una eventual acumulación.

Por medio de auto del 8 de noviembre de 2016, se ordenó que el expediente permaneciera en la Secretaría de esta Sección hasta tanto se surtiera el trámite correspondiente a efectos de resolver sobre su acumulación¹⁹.

¹⁸ Folios 52 a 54.

¹⁹ Folio 620.

3.2. Expediente 11001-03-28-000-2016-00074-00

A través de proveído del 31 de octubre de 2016 se ordenó correr traslado de la medida cautelar solicitada en la demanda²⁰.

Mediante auto del 24 de noviembre de 2016 se admitió la demanda, se dispuso notificar al demandado, al presidente de la Cámara de Representantes y al director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, y se negó la medida cautelar solicitada²¹.

Mediante providencia del 25 de enero de 2017, se ordenó remitir el expediente al proceso con radicación 11001-03-28-000-2016-00067-00, para decidir sobre la acumulación de los procesos dirigidos contra la elección aquí cuestionada²².

3.3. Acumulación

Cumplido lo anterior, a través de auto del 27 de enero de 2017, se decretó la acumulación de los expedientes 11001-03-28-000-2016-00067-00, promovido por Ana Isabel Cuartas Ospina, y 11001-03-28-000-2016-00074-00 adelantado por Daniel Silva Orrego, ambos contra Carlos Alfonso Negret Mosquera como defensor del pueblo²³.

En la mencionada actuación se tuvo como expediente principal el que cursa con radicación 11001-03-28-000-2016-00067-00.

Según consta en el acta del 6 de febrero de 2017, se llevó cabo el sorteo del consejero que continuaría con el trámite del proceso acumulado²⁴.

Surtido lo anterior, la continuación del trámite procesal

²⁰ Folio 101.

²¹ Folios 642 a 651.

²² Folio 771.

²³ Folios 634 a 638 del expediente 11001-03-28-000-2016-00067-00.

²⁴ Folio 652.

correspondió al ponente de esta decisión.

3.4. Actuación procesal acumulada

Por medio de auto del 13 de febrero de 2017 se fijó fecha para la audiencia inicial de que trata el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011²⁵.

El día 20 de febrero de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial, en la que se desarrollaron las actividades propias de esta etapa procesal, entre ellas el saneamiento, decisión de las excepciones previas, la fijación del litigio y el decreto de pruebas²⁶.

En lo que concierne a la excepción planteada por el apoderado del demandado, se indicó que al no tener el carácter de previa, sería resuelta en la sentencia.

Previo saneamiento del presente trámite, el litigio fue fijado en los siguientes términos:

“(…). Establecido lo anterior, la controversia en este proceso está circunscrita a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto de elección por vulnerar las normas en que debía fundarse, de manera concreta hay lugar a determinar: 1) Si se vulneró el artículo 126 de la Constitución, que establece que todas elecciones de servidores públicos atribuidas a corporaciones públicas, debe estar precedida de una convocatoria pública en la que se fijen los requisitos y procedimientos o si por el contrario la intención del constituyente fue excluir de la elección del Defensor del Pueblo la convocatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo 281 de la Constitución y el artículo 24 del Acto Legislativo 02 de 2015. 2) Si la elección del Defensor del Pueblo encaja en la excepción del artículo 125 de la Constitución, y por

²⁵ Folio 654.

²⁶ Tal como consta en el acta visible a folios 668 a 672 y el disco compacto que contiene la grabación del audio de la audiencia, visible a folio 673.

tanto no debe estar precedida de la convocatoria pública, y 3) si dicha convocatoria no es aplicable toda vez que no se ha expedido la ley prevista en el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, que defina las reglas que deben regir en el proceso público correspondiente o si es aplicable con fundamento en los principios de transparencia y del mérito. En este punto de la audiencia se hace la precisión que el coadyuvante en su escrito presenta como cargo la infracción a la ley 5 de 1992 y al artículo 135 del Código Electoral, puesto que en este caso se ordenó repetir la votación por haber más votos que votantes, cuando lo que se debió hacer fue introducirlos de nuevo y sacar los excedentes, sin embargo se precisa que no hay lugar a hacer este estudio toda vez que la parte actora, a quien se coadyuva, no presentó este cargo.”

Posteriormente el consejero ponente se pronunció sobre las pruebas aportadas y las solicitadas por las partes.

Finalmente, 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.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Parte demandante

El señor Daniel Silva Orrego insistió en los argumentos de la demanda²⁷.

Se refirió al texto de los artículos 126 y 281 de la Constitución Política, frente a lo cual anotó que este último no es una norma especial de procedimiento o trámite, sino que indica cuales autoridades intervienen en la elección, de modo que el procedimiento es el previsto en el primero de ellos.

²⁷ Folios 691 a 696.

Destacó que el artículo 15 del Acto Legislativo 02 de 2015, “*en cuanto se refería a la elección de los tres (3) miembros permanentes de dedicación exclusiva,*” no mencionó que el artículo 126 Superior debía aplicarse a esa elección, sin embargo esta Sección consideró que sí era aplicable, razón por la cual anuló la elección en ese caso.²⁸

Agregó que lo mismo ocurrió con la elección de los miembros de las corporaciones autónomas regionales, respecto de quienes esta Sala ha dicho que para su elección se debe aplicar el artículo 126 constitucional²⁹.

Añadió que, en igual sentido, las últimas ternas para elegir magistrados de la Corte Constitucional y el procurador general de la Nación, si bien la ley no estipula la realización de convocatorias públicas, así se ha llevado a cabo.

La demandante Ana Isabel Cuartas Ospina y el coadyuvante Miguel Antonio Cuesta Monroy, no alegaron de conclusión.

7.2. Parte demandada:

Carlos Alfonso Negret Mosquera

Por conducto de su apoderado, presentó alegatos en los que reiteró los fundamentos de la contestación de la demanda³⁰.

Adicionalmente, manifestó que se probó que la intención del constituyente derivado fue la de excluir la elección del defensor del pueblo de la regla de la convocatoria pública, según varias proposiciones con esa tendencia que fueron rechazadas. Para ilustrar lo anterior transcribió el trámite legislativo dado a varias de ellas.

²⁸ Citó la sentencia del 13 de octubre de 2016. Radicación: 11001-03-28-000-2015-00048-00. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

²⁹ Citó la sentencia del 21 de julio de 2016. Radicación: 11001-03-28-000-2015-00032-00, y la del 4 de agosto de 2016. Radicación 11001-03-28-000-2016-00009-00, ambas con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro.

³⁰ Folios 697 a 723.

Presidencia de la República

Ratificó los argumentos de defensa expuestos en la contestación de la demanda³¹.

Cámara de Representantes

No alegó de conclusión.

8. Concepto del Ministerio Público

El procurador séptimo delegado ante esta Corporación rindió concepto en los siguientes términos³²:

Señaló que el artículo 126 de la Constitución Política consagra una regla general en materia de procesos de designación de servidores públicos, regla que, no obstante, tiene sus excepciones, como los casos en los que el constituyente consagró procedimientos especiales.

Precisó que la elección demandada no es de aquellas en las que se debe realizar una convocatoria, toda vez que el constituyente, en el artículo 24 del Acto Legislativo 02 de 2015, dispuso categóricamente que el defensor del pueblo debe ser elegido por la Cámara de Representantes de terna elaborada por el Presidente de la República, sin imponer la realización de una convocatoria pública.

Explicó que el artículo 126 de la Carta sólo aplica para los casos de las elecciones a cargo de corporaciones públicas que tienen autonomía para realizar los respectivos nombramientos, no así en los casos en donde la voluntad está limitada por la participación de otras autoridades públicas en las que está radicada la nominación propiamente dicha.

II. CONSIDERACIONES

³¹ Folios 675 a 681.

³² Folios 682 a 689.

2.1. 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.

2.2. Excepciones

El apoderado del demandado propuso la excepción que denominó *“La elección del defensor del Pueblo no se encuentra sometida al proceso de convocatoria pública de que trata el artículo 2º del Acto legislativo No. 02 de 2015”*.

En la audiencia inicial se aclaró que *“se observa que al no tener el carácter de previa, será resuelta en la sentencia”*, de tal suerte que por tratarse de planteamientos relacionados con el fondo del asunto, serán resueltos al momento de abordar el análisis de los fundamentos de la demanda.

2.3. Análisis de los cargos

En la fijación del litigio, se estableció que la controversia en este proceso está circunscrita a determinar si hay lugar a declarar la nulidad del acto de elección del defensor del pueblo por vulnerar las normas en que debía fundarse.

De manera concreta se estableció que hay lugar a determinar:

1) Si se vulneró el artículo 126 de la Constitución, que establece que todas las elecciones de servidores públicos atribuidas a corporaciones públicas, deben estar precedidas de una convocatoria pública en la que se fijen los requisitos y procedimientos o si, por el contrario, la intención del constituyente fue excluir de la elección del Defensor del Pueblo la convocatoria, de conformidad con lo establecido en el artículo

281 de la Constitución y el artículo 24 del Acto Legislativo 02 de 2015.

2) Si la elección del Defensor del Pueblo encaja en la excepción del artículo 125 de la Constitución, y por tanto no debe estar precedida de la convocatoria pública, y

3) Si dicha convocatoria no es aplicable toda vez que no se ha expedido la ley prevista en el artículo 2 del Acto Legislativo 02 de 2015, que defina las reglas que deben regir en el proceso público correspondiente o si es aplicable con fundamento en los principios de transparencia y del mérito.

Así las cosas, se comenzará por resolver el primer punto, ya que solo en caso de que prospere dicho cargo, hay lugar a estudiar los demás, puesto que se tratan de argumentos de defensa relacionados con la inaplicación de la convocatoria para la elección del defensor, por no haberse expedido la ley que la reglamente y por considerarse que dicha elección encaja dentro de la excepción del artículo 125 de la Constitución.

Precisado lo anterior, se procederá a hacer el estudio correspondiente:

- 1) Establecer si para la elección del defensor del pueblo hay lugar a realizar la convocatoria pública de que trata el artículo 126 de la Constitución.

Para resolver este cargo es necesario tener en cuenta que antes de la modificación del acto legislativo 02 de 2015, el artículo 281 de la Constitución establecía:

*“El Defensor del Pueblo formará parte del Ministerio Público y ejercerá sus funciones bajo la suprema dirección del Procurador General de la Nación. Será elegido por la Cámara de Representantes para un período de cuatro años **de terna elaborada por el Presidente de la República.** (Negritas fuera del texto original)*

En vigencia de esta norma, se demandó la elección del defensor del pueblo. En esa ocasión uno de los fundamentos consistió en que para la realización de la terna por parte del Presidente, se debía hacer una convocatoria. Al respecto esta Corporación sostuvo³³:

*“(...) Es cierto que la Constitución de 1991 consagró la participación ciudadana como un principio rector del Estado Social de Derecho (Preámbulo y artículo 1º de la Carta), por lo cual se constituye en una necesaria directriz para todas las autoridades públicas. Sin embargo, el grado de vinculación a las normas superiores y el grado de eficacia de esos preceptos difiere en relación con el destinatario. En efecto, al Legislador le corresponde, en primer lugar, el desarrollo de los preceptos constitucionales, por lo que es la principal instancia de expresión de la norma superior. Por su parte, **los jueces deben interpretar las disposiciones siempre bajo los parámetros constitucionales y legales, pero ello no los autoriza a establecer nuevas reglas de contenido general y abstracto que, a su juicio, consideren válidas dentro de los principios constitucionales.** Ello es obvio, pues la hermenéutica no puede desplazar ni usurpar la función legislativa que le es ajena ni puede alterar la distribución constitucional de funciones asignadas a otros órganos del poder público (artículo 113 de la Carta).*

En este orden de ideas, la Sala considera que si bien es cierto el Constituyente amplió los canales de participación ciudadana para sentar las bases de una democracia mas pluralista, la intervención directa del pueblo sólo podrá exigirse cuando existen normas constitucionales o legales expresas que así lo dispongan. Es por ello que la participación ciudadana en la conformación del poder público solamente puede reclamarse directamente cuando medie norma constitucional o legal que lo concrete.

*Así las cosas, **la Sala encuentra que el Presidente de la República no estaba obligado a realizar una convocatoria pública para conformar la terna para la designación del Defensor del Pueblo, pues no hay ninguna regla legal o constitucional directa que***

³³ Sentencia del 29 de julio de 2001, expediente 2000-00033-01 (2429. M.P. Dario Quiñones Pinilla)

imponga el derecho individual o abstracto de intervenir en la formación de la terna. En consecuencia, el único titular de la facultad para integrar la terna es el Presidente de la República y, mientras no rija norma expresa en contrario, no existen otros entes o personas legitimadas para intervenir en esta labor. De consiguiente, la decisión discrecional de integración de la terna para elegir el Defensor del Pueblo no transgredió el artículo 40 de la Carta.

A partir de este mismo supuesto, los demandantes sostienen que la falta de convocatoria pública para la conformación de la terna vulnera el numeral 5º del artículo 95 superior, comoquiera que impide a los ciudadanos cumplir con el deber de participar en la vida política del país. Sin embargo, este argumento tampoco prospera, pues el deber ciudadano de participación se concreta a través de las normas que reglamentan y desarrollan la norma constitucional.

Además, resultaría equivocado sostener que la participación en la vida política del país significa que el Estado pueda exigir que todos los ciudadanos presenten sus nombres y aspiren a un empleo público, pues, como todo derecho de libertad, el ejercicio del servicio público no se impone sino que se garantiza y protege la decisión libre y voluntaria de acceder a él. De ahí que tampoco prospera el cargo.

b) De otra parte, los demandantes consideran que la conformación de la terna sin tener en cuenta a los ciudadanos interesados en el cargo de Defensor del Pueblo los discrimina y produce una decisión antidemocrática. Por ello, según ese argumento, el Presidente de la República vulneró el artículo 13 superior.

Esta Sala no comparte el anterior razonamiento, puesto que los actores parten de una lectura genérica y formal de la igualdad. En efecto, el artículo 13 de la Constitución de 1991 no entiende el derecho a la igualdad en sentido general y formal sino concreto y material, esto es, de acuerdo con la conocida fórmula aristotélica “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales”. De hecho, el segundo inciso de la norma superior reconoce la existencia de desigualdades y exige al Estado la promoción de condiciones favorables para los “grupos discriminados o marginados”. De consiguiente, el juicio de igualdad exige un punto de comparación concreto y no

general que permita evidenciar un trato desigual sin justificación razonable para ello.

En este contexto, aceptar la tesis de los demandantes implicaría una interpretación equivocada del artículo 13 superior, puesto que exigiría un trato igualitario que no garantiza la norma superior. Así, no es razonable sostener que todos los interesados en acceder a la función pública son iguales, pues sencillamente pueden diferenciarse por condiciones profesionales, experiencia y desempeño laboral. En consecuencia, debe desestimarse el reproche objeto de estudio. (Negrillas fuera del texto original)

Así las cosas, en esa ocasión se dijo que si bien es cierto que el constituyente amplió los canales de participación ciudadana para sentar la base de una democracia, la intervención directa del pueblo solo puede exigirse cuando las normas constitucionales o legales así lo dispongan. Entonces, la Sección consideró que el Presidente no estaba obligado a realizar una convocatoria pública para conformar una terna para la designación del defensor, pues no había ninguna regla constitucional o legal que así lo impusiera.

Luego, por medio del artículo 24 del Acto Legislativo 2 de 2015 se modificó esa norma, y quedó así:

*ARTICULO 281. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma. Será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo institucional de cuatro años **de terna elaborada por el Presidente de la República.**" (Destacado por la Sala)*

Como se ve, con el Acto Legislativo 2 de 2015 se hicieron alguno cambios en cuanto a que el defensor del pueblo ya no forma parte del Ministerio Público y ejerce sus funciones de manera autónoma, sin embargo la forma de elección se conservó tal como estaba antes, esto es, sigue siendo elegido por la Cámara de Representantes de terna elaborada por el Presidente de la República.

No obstante mantenerse la elección del defensor del pueblo en

idénticos términos, los demandantes alegan que toda vez que por medio del Acto Legislativo 02 de 2015 también se modificó el artículo 126 de la Constitución, esa norma sería aplicable para esta elección.

El artículo 126, con la modificación del acto legislativo, quedó así:

“Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente.

Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior.

Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por méritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.(...)” (Negrillas fuera del texto original)

De conformidad con esta norma, la elección de los servidores públicos (que no corresponda realizarse por medio de concurso) atribuidas a corporaciones públicas, deberá hacerse precedida de una convocatoria.

Los actores, con fundamento en esta norma, dijeron que para la elección del Defensor del Pueblo, la terna que haga el Presidente debe estar precedida de una convocatoria pública.

De la revisión de las normas constitucionales, esta Sección encuentra que este aparte del artículo 126 de la Constitución no es aplicable para la elección del defensor del pueblo.

Lo anterior ya que en el artículo 281 –norma especial- se estableció que el defensor de pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma, y además se consagró la forma como debe hacerse su elección.

En este punto debe precisarse que dicha norma no solo señala las autoridades que participan en esa elección, sino que establece la forma en que debe hacerse la elección, puesto que dispone que el procedimiento estará conformado por dos etapas: (i) la primera relacionada con la realización de una terna elaborada por el Presidente de la República, y (ii) la segunda, que corresponde a la elección por parte de la Cámara de Representantes de uno de los integrantes de la terna.

De acuerdo con lo anterior, es claro que para la elección del defensor del pueblo participan dos autoridades diferentes, por un lado el Presidente de la República y por otro, la Cámara de Representantes, razón por la cual no puede hablarse que se trata de una elección que esté únicamente en cabeza de la corporación pública.

Así las cosas, se tiene que el artículo 126 de la Constitución no es aplicable para la elección del defensor del pueblo porque: (i) el artículo 281 de la Constitución es una norma especial y posterior que consagra el procedimiento de la elección y (ii) en la elección del defensor del pueblo no solo interviene la Cámara de Representantes, razón por la cual no hay lugar a hacer la convocatoria pública.

Otro argumento que debe tenerse en cuenta para concluir que el artículo 126 no es aplicable para la elección del defensor, es que tal como se dijo al resolver la medida cautelar tanto el artículo 126 como el 281 de la Constitución Política fueron modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015, por lo que es

claro que si se hubiera querido modificar la forma de elección del defensor del pueblo para encuadrarla en el trámite general del artículo 126, así habría quedado consagrado.

Para dar fuerza a este argumento, la Sala se valdrá de la interpretación histórica, aplicable en este caso tal como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-054 de 2016, que sostuvo:

“(...) El valor normativo de la Constitución y los métodos tradicionales de interpretación jurídica

*8. Los métodos tradicionales de interpretación jurídica son codificados en la primera mitad del siglo XIX por Friedrich Karl von Savigny, y han dominado la tradición jurídica latinoamericana como las herramientas más usuales de comprensión de los textos del derecho positivo. **Su influencia y utilidad también está presente en la jurisprudencia constitucional, la cual admite su validez como mecanismo para definir el significado de las disposiciones normativas contenidas no solo en el derecho legislado, sino incluso aquellas de naturaleza constitucional.***

*(...) En efecto, el método sistemático apela a encontrar el sentido de las disposiciones a partir de la comparación con otras normas que pertenecen al orden jurídico legal y que guardan relación con aquella. **Lo mismo sucede con el método histórico, pues este intenta buscar el significado de la legislación a través de sus antecedentes y trabajos preparatorios.** De igual manera, el método teológico o finalista se basa en la identificación de los objetivos de la legislación, de manera que resulta justificada una interpretación del precepto legal, cuando ese entendimiento concuerda con tales propósitos. Por último, el método gramatical es el que está más profundamente vinculado con la hipótesis de infalibilidad de ese legislador soberano, pues supone que en ciertas ocasiones las normas tienen un sentido único, que no requiere ser interpretado.” (Negrillas fuera del texto original)*

Así con base en este método de interpretación, se puede acudir a buscar el significado de la norma, a través de sus antecedentes y trabajos preparatorios.

En este caso, la parte demandada aportó los siguientes documentos, de los cuales se puede extraer la intención que tuvo el constituyente en la elección del defensor del pueblo.

- Gaceta del Congreso N.º 736 del 22 de septiembre de 2015 en la cual se encuentra el acta de la Plenaria del miércoles 3 de junio de 2015, que en relación con la segunda vuelta del Proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 (segunda vuelta) se presentó la siguiente modificación y su correspondiente votación:

“(…)

*Secretario General Jorge Humberto Mantilla Serrano: Dice así: La que llegó primero, del doctor Santiago Valencia. Doctor Santiago Valencia, busca modificar el artículo 281 de la Constitución Política, dice así: artículo 281 el defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma, será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo Institucional de 4 años **y lo que modifica es lo siguiente, de la lista de elegibles conformada por convocatoria pública arreglada con base en los dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política y no podrá ser reelegido. (...)***

*Señor secretario, se abre el registro votando sí, se aprueba la proposición del Doctor Santiago Valencia, que fue sustentada y que pretende modificar el artículo 27, votando No, se niega la proposición y pasamos a considerar el artículo como vino en la ponencia. (...) Se cierra el registro, la votación es la siguiente, por el Si 17 votos electrónicos, ningún manual, para un total el Si de 17, por el No 93 votos electrónicos y uno manual, para un total por el No de 94 votos, **señor Presidente ha sido negada la proposición modificatoria del artículo 7.**”*
(Negrillas fuera del texto original)

- Gaceta del Congreso N.º 38 del 17 de febrero de 2015, en la que se incluye el acta la Comisión Primera Constitucional Permanente de la Cámara de Representantes:

*“(…) Secretaría: Sí Presidente. **La proposición del doctor Santiago Valencia dice de la siguiente manera. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma. Será elegido por la Cámara de***

Representantes para un periodo de cuatro años de lista de elegibles seleccionados por la Comisión Nacional del Servicios Civil, mediante concurso público de méritos, con base en lo dispuesto en el artículo 125, 126 y 130 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. (...)

Sí señor Presidente, han votado treinta y uno (31) honorables Representantes, veintiséis (26) por el No y cinco (05) por el Sí; en consecuencia, la proposición del doctor Santiago Valencia al artículo 34 de la ponencia base ha sido negada.” (Negrillas fuera del texto original)

- Gaceta del Congreso N.º 479 que contiene el acta número 5 del 19 de mayo de 2015, en la que consta:

“(...) Muy bien, pasemos al artículo 23 que modifica el artículo 281 de la Constitución sobre el Defensor del Pueblo. Señora Secretaria lea el artículo como viene en el informe de ponencia y cuéntenos si existe alguna proposición sobre este artículo. (...) Ese es el artículo 23 que viene en la ponencia base y aquí hay presentada una proposición suscrita por el doctor Santiago Valencia, Édward Rodríguez, Samuel Hoyos, María Fernanda Cabal y Álvaro Hernán Prada, hay una proposición que dice (...) El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma. Será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo institucional de cuatro años de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido. (...) Muy bien, procedemos a votar, señora Secretaria sírvase llamar a lista, vamos a votar la proposición sustitutiva presentada por el doctor Santiago Valencia, llame a lista (...). Presidente ha vitado veintiséis (26) honorables Representantes, veintiuno (21) por el No, cinco (5) por el Sí, en consecuencia la proposición sustitutiva al artículo 23 de la ponencia suscrita por el doctor Santiago Valencia ha sido negada.” (Negrillas fuera del texto original)

- Gaceta del Congreso N.º 644 del 31 de agosto de 2015, que contiene el Acta de Plenaria del Senado de la República número 51 de la sesión ordinaria del 28 de abril de 2015, en la que consta:

***“(...) Dice la proposición modificativa del artículo veintisiete, el artículo veintisiete quedará así: Artículo 281. El Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma, será elegido por la Cámara de Representantes para un periodo institucional de cuatro años, de terna elaborada por concurso de méritos realizado por la Dirección de la Magistratura. (...) Abre la votación e indica a la Secretaría abrir el registro electrónico para proceder en forma nominal. La Presidencia cierra la votación e indica a la Secretaría cerrar el registro electrónico e informar el resultado de la votación. Por Secretaría se informa el siguiente resultado: Por el Si: 20
Por el No: 57
Total: 77 votos. (...) En consecuencia, ha sido negada la proposición modificatoria presentada por el honorable Senador Alexander López Maya.”*** (Negrillas fuera del texto original)

Como se ve de estos documentos, si bien se hicieron propuestas de modificación a la forma de elección del defensor del pueblo, en el sentido de que se incluyera una convocatoria pública para la conformación de la terna -en los términos del artículo 126 de la Constitución- dicha propuesta no fue acogida en la votación, de lo que se tiene que la forma de elección se mantuvo incólume y por tanto el Presidente es libre para conformar la terna, según su arbitrio.

Otro de los argumentos expuestos por la parte actora consiste en que para la elección de los contralores departamentales, distritales y municipales se debe realizar la convocatoria pública, razón por la que también debe realizarse para la elección del defensor. En cuanto a este punto, debe decirse que en el artículo 272 de la Constitución, modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 de manera expresa se estableció que los contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, de manera que en esa norma de manera específica se estableció la convocatoria, razón de más para decir que si así lo hubiera querido el

constituyente también lo hubiera consagrado para el defensor del pueblo.

Por lo anterior, el cargo presentado en las demandas consistente en la aplicación de la convocatoria pública, consagrada en el artículo 126 de la Constitución, para la elección del defensor no está llamado a prosperar.

Así las cosas, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no fue desvirtuada, por lo que las pretensiones habrán de ser denegadas.

De otra parte, a folio 725 del cuaderno principal del expediente obra un memorial presentado por el apoderado de la Cámara de Representantes, por medio del cual renuncia al poder otorgado, porque el contrato de prestación de servicios número 751 terminó el 31 de diciembre de 2016.

El artículo 76 del CGP establece que la renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia acompañado de la comunicación enviada al poderdante en ese sentido.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que si bien el apoderado allegó copia del contrato de prestación de servicios, no adjuntó la comunicación enviada al poderdante sobre la renuncia al poder, razón por la cual hasta tanto no sea allegada no podrá ser aceptada.

Por la anterior se ordenará que por secretaría se requiera al apoderado de la Cámara de Representantes para que allegue copia de la comunicación enviada al poderdante sobre su renuencia, para que pueda ser aceptada.

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: Deniéganse las pretensiones de las demandas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Por secretaría requiérase al apoderado de la Cámara de Representantes que allegue copia de la comunicación enviada al poderdante sobre su renuncia, para que pueda ser aceptada.

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

CUARTO: En firme esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado