

Bogotá, agosto de 2018

Honorables Consejeras y Consejeros
SALA PLENA DEL CONSEJO DE ESTADO
Ciudad

1

Ref. Medio de control de Nulidad contra la Resolución 007 de 2018 de la Mesa Directiva del Congreso de la República

Honorables Consejeros:

Gustavo Gallón Giraldo, director de la Comisión Colombiana de Juristas, organización no gubernamental de derechos humanos, con estatus consultivo reconocido por Naciones Unidas, y José Luciano Sanín Vásquez, director de la Corporación Viva la Ciudadanía, respetuosamente ejercemos ante ustedes el medio de control de **NULIDAD** establecido en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 – Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en adelante CPACA, contra la Resolución 007 del 19 de julio de 2018 expedida por la Mesa Directiva del Congreso de la República, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Identificación de la norma demandada

El 19 de julio de 2018 la Mesa Directiva del Congreso de la República conformada por los Presidentes y Secretarios Generales del Senado y de la Cámara de Representantes, expidieron la Resolución 07 “*Por medio de la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022*”.

2. Normas violadas

La expedición de la Resolución 007 de 2018 viola las siguientes normas:

- El artículo 2 de la ley 1904 de 2018 que establece lo siguiente:

“Artículo 2. La Convocatoria Pública previa a la elección del Contralor General de la República por el Congreso de la República en pleno, deberá cumplir con los requisitos y procedimientos establecidos en esta ley, que garanticen los principios de publicidad.”

transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección”.

- El numeral 2 del artículo 6 de la ley 1904 de 2018 que establece lo siguiente:

“La publicación de la convocatoria deberá efectuarse con no menos de diez (10) días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones, al vencimiento del término de inscripción serán rechazadas, devueltas y no serán valoradas, para ningún efecto, las hojas de vida, anexos o cualquier otro documento que se aporte de manera extemporánea”.

2

De acuerdo con lo anterior, tal y como se explicará en el aparte siguiente, la expedición y el contenido de la Resolución 007 de 2018 no se encuentran orientados por los principios de publicidad, transparencia y participación ciudadana, e incumplen con el plazo fijado para la inscripción de postulados con posterioridad de diez días a la publicación de la convocatoria, por lo que, en nuestro concepto, dicha resolución fue expedida con infracción de las normas en que debería fundarse.

3. Concepto de la violación

PRIMERO. El inciso quinto del artículo 267 de la Constitución Política, modificado mediante el artículo 22 del acto legislativo 2 de 2015, establece que

“El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, 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 ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo” (subraya fuera del texto original).

SEGUNDO. Mediante la ley 1904 del 27 de junio de 2018 el Congreso de la República estableció las reglas de la convocatoria pública previa a la elección del Contralor General de la República por el Congreso de la República incluyendo el procedimiento, los requisitos para ser Contralor General y las etapas del proceso de selección.

TERCERO. La ley 1904 de 2018 tuvo origen en la modificación constitucional realizada en el año 2015 que incorporó la obligación de realizar una convocatoria pública para conformar una lista de elegibles que permita al Congreso de la República realizar la selección del Contralor General de la República.

Dicha ley incorporó como elementos esenciales que debe garantizar el proceso de convocatoria (artículo 2) los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su elección. Igualmente, facultó (artículo 5 y 6.1)

a la Mesa Directiva del Congreso de la República para expedir el acto de convocatoria y seleccionar la institución que adelantaría las diversas etapas del proceso de selección.

En relación con las etapas del proceso de selección, la primera es la convocatoria que, en los términos del numeral 1 del artículo 6, es *“entendida como el aviso público, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en la convocatoria para la elección del Contralor General de la República”* y cuya divulgación es *“responsabilidad de la Mesa Directiva del Congreso de la República y podrán emplearse los medios previstos en el artículo 15 del Decreto 1227 de 2005. No obstante, como mínimo deberá publicarse en la página web de cada una de las Cámaras, garantizando el acceso permanente a la información”*.

Finalmente, debe destacarse que el numeral 2 del artículo 6 establece que *“[l]a publicación de la convocatoria deberá efectuarse con no menos de diez (10) días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones”*, lo cual guarda relación con el propósito de la modificación constitucional realizada en el año 2015 de adelantar una convocatoria pública, es decir, un proceso amplio y participativo.

CUARTO. El 19 de julio de 2018 la Mesa Directiva del Congreso de la República conformada por los Presidentes y Secretarios Generales del Senado y de la Cámara de Representantes, expidió la Resolución 007 para dar cumplimiento al artículo 267 de la Constitución y la ley 1904 de 2018.

QUINTO. Dicha resolución da inicio al proceso de convocatoria pública para la selección del Contralor General de la República, estableciendo en el numeral 6 del artículo cuarto un cronograma que se inicia con la inscripción de los interesados desde el lunes 23 de julio a las 8 a.m. y hasta el 24 de julio a las 5 p.m.

Es decir, la publicidad del proceso de convocatoria se adelantó durante los días 20, 21 y 22 de julio incumpliendo con el plazo de diez días calendario establecido en el artículo 6.2 de la ley 1904 de 2018. Adicionalmente, la inscripción se fijó por solo dos días calendario. Estas situaciones permiten concluir que no existió suficiente publicidad y divulgación del proceso de convocatoria pública establecido en la Constitución Política, por lo que se afecta la transparencia del mismo.

SEXTO. La Mesa Directiva del Congreso de la República expidió la resolución 007 de 2018 con evidente infracción de las normas en que debería fundarse. De acuerdo con lo establecido en los artículos 2 y 6.2 de la ley 1904 de 2018, la Mesa Directiva del Congreso de la República debía expedir el acto de convocatoria para adelantar el proceso de selección atendiendo los principios de publicidad, transparencia y participación ciudadana además de publicar la convocatoria con no menos de 10 días calendario de anterioridad a la fecha de inicio de las inscripciones.

Por el contrario, la resolución demandada incumplió con el deber de divulgación y publicidad pues esta se dio en solo tres días calendario, que justamente concuerdan con un día festivo y un fin de semana, y con el plazo establecido en la ley para dar publicidad al proceso de inscripción de aspirantes al cargo de Contralor General de la República. Así las cosas, la publicidad del proceso de convocatoria y el periodo de inscripción no correspondieron a las finalidades de una convocatoria pública y a la divulgación transparente de las etapas del proceso de elección, las cuales, de conformidad con la normativa legal mencionada, debían brindar garantías a los ciudadanos para la participación o veeduría del proceso de elección a adelantar.

La infracción de las normas en que debería fundarse, la cual ha sido considerada por la jurisprudencia del Consejo de Estado como un vicio formal de nulidad de los actos administrativos¹, es la base de la nulidad como medio de control de los actos administrativos, pues implica la contrastación formal y objetiva de la norma expedida en relación con otras normas jerárquicamente superiores, bien sea la ley en el control por nulidad simple, o la Constitución, en el control por nulidad por inconstitucionalidad.

En ese sentido lo ha afirmado el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“De manera específica, las razones para la anulación de los actos administrativos se relacionan con la infracción a las normas en que debería haberse fundado el acto administrativo, disposiciones estas que se supone fueron desconocidas o vulneradas por las autoridades al momento de su expedición. Como se observa, la generalidad de la redacción del legislador permite deducir sin mayores esfuerzos que se incorpora en esta descripción la totalidad de la base normativa y conceptual, de principios y valores aplicables a cada acto administrativo en el derecho colombiano, lo que implica necesariamente que dentro de ella queden incorporadas las normas constitucionales que son la base y esencia del sistema. Luego todo juicio de nulidad de un acto administrativo implica en esta perspectiva lógica un acercamiento al texto constitucional y a sus bases sustentadoras, no se trata de un simple enjuiciamiento de legalidad sub constitucional”².

La norma en la que debió haberse fundado es mencionada en la parte considerativa de la resolución 007 de 2018. Sin embargo, esta se utiliza solo para justificar la potestad reglamentaria de la Mesa Directiva del Congreso de la República, pero no para establecer las reglas del proceso pese a lo dispuesto en los artículos 2 y 6.2 que determinan presupuestos claros para adelantar el proceso de convocatoria.

¹ Véase, entre otras: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Exp. No. 4100123310002003004801 (0601-2009), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren; Exp. No. 25000232500020040516302 (2000-2008), C. P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Exp. No. 11001032600020150002200 (53057), C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

La Corte Constitucional, en su jurisprudencia, ha señalado que se constituye una vulneración al debido proceso cuando se expiden actos administrativos cuyo contenido es nulo como consecuencia de haberse expedido con infracción de las normas en que debería fundarse³. La vulneración al debido proceso es mayor cuando se trata de un tema de vital importancia para el desarrollo de un Estado social de derecho como lo es el de elección del Contralor General de la República que es la entidad encargada por la Constitución Política para ejercer el control fiscal, vigilando la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Es por esto que el proceso de convocatoria pública para la elección del Contralor General de la República debe atender a un proceso amplio, participativo, público y transparente donde se incorporen plazos razonables, a pesar de la urgencia del nombramiento, que no vulneren los derechos de los ciudadanos. Al haber expedido la resolución 007 de 2018 infringiendo las normas en que debía fundarse, la Mesa Directiva del Congreso de la República, desconoció un mandato objetivo de orden legal, que lo obligaba a dar publicidad al proceso de convocatoria con una anticipación no menor de 10 días para la inscripción de los candidatos en la etapa de postulación.

Ahora bien, la Mesa Directiva del Congreso de la República podría haber expuesto las razones que le impedían cumplir con el mandato legal o determinar que tenía una facultad general para reducir los plazos de las convocatorias, lo cual no es razonable, pero esto no ocurre pues la simple referencia consignada en los considerandos de la resolución según la cual esta se expide *“de conformidad con la misma norma y atendiendo la premura que de su texto se extracta en cuanto a la urgencia con que se debe adelantar el proceso, en tanto se debe propender porque coincida el periodo con el señor Presidente de la República”*, es insuficiente para afectar gravemente un elemento básico de la convocatoria pública que la Constitución estableció, como lo es la publicidad.

Es decir, al hacer una ponderación entre la necesidad de que coincidan los periodos del Contralor General de la República y el Presidente de la República, por una parte, y la necesidad de que el proceso de selección para la elección del primero se guíe bajo el criterio constitucional de publicidad, no resulta proporcional dar mayor peso al primero, si se tiene en cuenta que la publicidad es una garantía para los intervinientes en el proceso y para la ciudadanía en general, por lo que atiende a los fines esenciales del Estado consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política.

SÉPTIMO. En ese sentido, una contrastación de la norma demandada con lo establecido en la ley 1904 de 2018 permite establecer de manera clara que el acto administrativo se profirió con infracción del artículo 2 y 6.2 de dicha ley, por lo cual deberá declararse su nulidad.

³ Corte Constitucional, sentencia T-956 de 2011, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

4. Pretensiones

PRIMERA. Declarar la nulidad de la Resolución 007 de 2018 expedida por la Mesa Directiva del Congreso de la República mediante la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022.

SEGUNDA. En consecuencia, que se ordene a la Mesa Directiva del Congreso de la República dictar una nueva norma que dé inicio a la convocatoria pública para elegir al Contralor General de la República para el periodo 2018-2022, con base en los principios de transparencia, publicidad y participación ciudadana, y que fije un plazo que respete en mínimo 10 días calendario la fecha de inscripción de los candidatos a partir de la expedición de la respectiva convocatoria.

5. Solicitud de suspensión provisional de los efectos de la norma accionada

En el presente aparte, presentamos las razones por las que consideramos que el Consejo de Estado debería suspender los efectos de la Resolución 007 de 2018, hasta tanto resuelva de fondo el presente medio de control de nulidad el cual se dirige a demostrar que la norma cuestionada fue expedida con infracción de las normas en que debería fundarse.

La protección de los derechos en forma urgente y previa a la decisión de fondo en un proceso judicial tiene un claro arraigo en la tradición legal y jurisprudencial colombiana. Al respecto, con relevancia para el presente caso, el artículo 238 de la Constitución Política señala lo siguiente: *“La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”*.

Adicionalmente, dicha garantía de protección de derechos constituye también un pilar esencial del sistema internacional de los derechos humanos. En el caso específico del Sistema Interamericano de Derechos Humanos existen dos tipos de medidas de carácter preventivo que buscan proteger los derechos humanos ante la inminencia de un daño: las medidas cautelares, dictadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y las medidas provisionales, emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁴. Ambas medidas

⁴ González, F. *Las medidas urgentes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Revista Conectas Human Rights. Edición V 7, n 13, enero 2010: *“se refiere a la protección del ‘objeto del proceso en conexión con una petición o caso pendiente’. En esta circunstancia, como se advierte, ya no se trata de impedir daños irreparables a las personas, sino que es la materia misma sujeta a decisión en un caso en trámite en la Comisión la que se pretende salvaguardar”*.

son, por un lado cautelares, lo que implica que tienen como objetivo preservar una situación jurídica determinada, y por el otro, son tutelares, visto que protegen DDHH⁵.

En el caso colombiano, en diversas jurisdicciones es procedente dictar medidas cautelares para la protección del procedimiento y los derechos que se encuentran en discusión. Específicamente en el caso de la jurisdicción contenciosa administrativa el artículo 231 del CPACA señala lo siguiente

“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. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos”.

El Consejo de Estado ha señalado que

“[l]a suspensión provisional es una medida cautelar que busca suspender los efectos jurídicos generados por la fuerza ejecutoria y ejecutiva que revisten al acto administrativo que se demanda, y tiene por objeto velar por la protección de los derechos subjetivos o colectivos que se pueden ver conculcados con los efectos del acto o los actos administrativos cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona”⁶.

Así las cosas, el Consejo de Estado, con ocasión de la expedición del CPACA, ha señalado que

“En múltiples ocasiones el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre la manera como la Ley 1437 de 2011 introdujo una reforma sustancial a la institución de la suspensión provisional. En efecto, ha precisado que en vigencia del Decreto Ley 01 de 1984 esta cautela solo procedía cuando se evidenciaba una ‘manifiesta infracción’ de normas superiores por parte de la disposición enjuiciada, mientras que, bajo el marco regulatorio de la citada Ley 1437 de 2011, la exigencia de verificar la existencia de una infracción normativa como requisito estructurante de la suspensión provisional al no haber sido calificada por el legislador como tal, no requiere ser manifiesta, es decir, evidente, ostensible, notoria o palmar a simple vista o prima facie”⁷.

⁵ Corte IDH. Caso del periódico “La Nación”, medida provisional respecto de Costa Rica. 6 de diciembre de 2001.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth. Proceso: 440012331000201200005901 con número Interno: 47605. Auto del 28 de mayo de 2015.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B Consejera Ponente: Dra. Sandra Lisset Ibarra Vélez. Proceso: 11001032500020160048500 con número Interno: 2218 – 2016. Providencia del 15 de marzo de 2017. Adicionalmente, la mencionada providencia cita las siguientes decisiones de la corporación: autos de 28 de agosto de 2014, proferido dentro del Expediente 11001-03-27-000-2014-0003-00 (20731), con ponencia del Consejero Jorge Octavio Ramírez; de 30 de abril de 2014, proferido por el Consejero Carlos Alberto

Igualmente, ha señalado que el requisito material para la procedencia de la suspensión provisional de la norma demandada incluye la verificación de una manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud, es decir, la existencia manifiesta de la trasgresión del ordenamiento normativo superior por parte del acto administrativo demandado⁸.

Si la norma llega a probarse como nula en el curso del proceso y da lugar a una decisión en ese sentido por parte del Consejo de Estado, se generaría un mayor perjuicio pues la anulación del proceso de selección implicaría retrotraer una elección de un funcionario público, afectando sus garantías al debido proceso administrativo y al derecho al trabajo. En ese sentido, con el fin de evitar un perjuicio mayor, se hace necesario suspender provisionalmente el acto manifiestamente nulo.

De acuerdo con lo anterior, tal y como se explicó en los apartes correspondientes, se considera que la norma fue expedida con infracción de las normas en que debería fundarse, en directa y manifiesta transgresión de los artículos 2 y 6.2 de la ley 1904 de 2018, por lo que se solicita que de acuerdo con lo establecido en el artículo 230 del CPACA se suspendan los efectos de la Resolución 007 de 2018, hasta tanto se resuelva de fondo el medio de control.

6. Pruebas

Se anexan las siguientes pruebas documentales:

- Copia simple de la Resolución 007 del 19 de julio de 2018.
- Copia simple de la ley 1621 de 2013.

Se solicita ordenar el envío al expediente de los siguientes documentos:

- A las Secretarías de Senado y Cámara de Representantes, remitir la gaceta o diario oficial donde se publicó la resolución 007 de 2018.
- A las Secretarías de Senado y Cámara de Representantes, remitir todos los antecedentes de la expedición de la resolución 007 de 2018.

Zambrano, en el Expediente 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 24 de enero de 2014, expedido por el Consejero Mauricio Fajardo en el Expediente No. 11001-03-26-000-2013-00090-00 (47694); de 21 de mayo de 2014, emitido por la Consejera Carmen Teresa Ortiz en el Expediente No. 11001-03-24-000-2013-0534-00 (20946); 29 de enero de 2014 proferido por el Consejero Jorge Octavio Ramírez, emitido en el Expediente No. 11001-03-27-000-2013-00014-(20066) y 17 de marzo de 2015 expedido por la Consejera Sandra Lisset Ibarra Vélez, en el Expediente 1100103150002014037990.

⁸ Supra nota 8.

- A las Secretarías de Senado y Cámara de Representantes, remitir los documentos que soporten la divulgación y publicidad de la convocatoria mencionada en la resolución 007 de 2018.
- A las Oficinas de Sistemas o la dependencia correspondiente de Senado y Cámara de Representantes, remitir una certificación sobre el día, hora y lugar de publicación de la resolución 007 de 2018 en las páginas web de Senado y Cámara de Representantes.

7. Direcciones de notificaciones

Los demandantes en la Carrera 15 A Bis No. 45-37, Bogotá.

Los demandados, es decir, los integrantes de la Mesa Directiva del Congreso de la República, en la Carrera 7 Nro. 8-68.

Atentamente,