

CANAL REGIONAL DE TELEVISION DEL CARIBE - Elección de gerente / MEDIO DE CONTROL DE NULIDAD ELECTORAL - Es el medio judicial especial y propio por el cual se cometen a control de constitucionalidad y o legalidad únicamente los actos de elección y nombramiento / ACCION DE SIMPLE NULIDAD - Es el medio de control idóneo para juzgar la legalidad de la Resolución que dispuso sobre los requisitos de estudio para ocupar el cargo de gerente de Telecaribe / NULIDAD ELECTORAL - No se pueden acumular pretensiones de nulidad de actos electorales con la nulidad de actos de carácter general

El señor Miguel Angel Rivaldo Cortizzo sostiene que la ilegalidad del acto de elección del señor Juan Manuel Buelvas Díaz como gerente de TELECARIBE se funda en la violación de los principios consagrados en el artículo 209 Constitucional, dada la configuración que se hizo en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 sobre los requisitos exigidos para ocupar el cargo de gerente, en particular porque únicamente se admitieron unas cuantas profesiones y no otras, que por cierto el actor no identifica; igualmente la sustenta en que no se podía exigir título profesional a los periodistas y comunicadores sociales para aspirar a dicho cargo, porque con ello se contraviene lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-087 de 1998, C-010 de 2000 y C-650 de 2003. La Sala advierte que los cuestionamientos formulados por el actor, más que recaer directamente sobre el acto de elección del gerente de TELECARIBE, versan sobre actos de carácter general tales como el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 - Convocatoria Pública- expedido por la JAR de TELECARIBE y la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013 "Por la cual se modifica, se ajusta y se adopta el Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales para un empleo público de la planta de personal del Canal Regional de Televisión del Caribe Ltda., Telecaribe". El último de los actos, que en ello fue copiado literalmente por la Convocatoria Pública, dispuso sobre los requisitos de estudio para ocupar el cargo de gerente. Es decir, que en esta parte los argumentos de ilegalidad se dirigen contra disposiciones consignadas en actos autónomos e independientes del acto de elección, esto es contra actos administrativos de carácter general que gozan de presunción de legalidad y que de ninguna manera pueden calificarse como actos de trámite o previos con respecto al acto de elección de gerente de TELECARIBE, gracias a que corresponden a actos que en cierto modo gobiernan la expedición de dicho acto. Así, la Sala se ve enfrentada al siguiente interrogante: ¿Es procedente juzgar conjuntamente la legalidad del acto de elección del gerente de TELECARIBE y la legalidad de los requisitos de estudio fijados para ese cargo en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 -Convocatoria Pública- y en la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013? Definitivamente no. Actualmente el artículo 139 del CPACA establece que a través del medio de control de nulidad electoral se puede juzgar la legalidad de "los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales", de "los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden", de "los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas", y en las elecciones por votación popular de "las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios". El legislador si bien permite que junto a los actos electorales de elección y nombramiento se puedan juzgar otros actos conexos a los mismos, por ser decisiones previas a su expedición, no autoriza que bajo un solo escenario procesal se surta un juicio de validez conjunto de actos electorales y de actos de carácter general, no solo porque el objeto del medio de control de nulidad electoral no lo autoriza, sino también porque ello configuraría una violación a las reglas sobre acumulación de pretensiones y de competencia. En efecto, el planteamiento del actor desconoce lo dispuesto en el artículo 165 del CPACA

puesto que si bien establece que “En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:...”, no determina que alguna de tales pretensiones pueda acumularse con las referidas al medio de control de nulidad electoral; incompatibilidad que se explica con lo dispuesto en los numerales 1º y 4º de dicho precepto, ya que la competencia en uno y otro caso no recaería en la misma autoridad jurisdiccional y porque esas pretensiones no podrían tramitarse bajo el mismo procedimiento. Así, el medio de control de nulidad para juzgar la legalidad de los requisitos de estudio fijados para el cargo de gerente en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 -Convocatoria Pública- y en la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013, sería de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado, mientras que el medio de control para enjuiciar la legalidad de la elección de gerente de TELECARIBE es de la Sección Quinta del Consejo de Estado (CPACA Art. 149 num. 1º y Acuerdo 55 de 2003 Art. 1º). Además, en el primer evento el trámite sería el indicado en la misma codificación para el proceso ordinario (Arts. 168 y ss), en tanto que -como ya se vio- en el segundo caso el trámite a seguir es el especial regulado en los artículos 275 y ss ibídem.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 139 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 149 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 168

CANAL REGIONAL DE TELEVISION DEL CARIBE - Elección de gerente / GERENTE DE TELECARIBE - Vicios de procedimiento en el concurso para la elección del gerente / GERENTE DE TELECARIBE - Cargo es de libre nombramiento y remoción por lo tanto no se hace por concurso de méritos

El demandante sustenta este cargo en que la JAR de TELECARIBE eligió al gerente del canal de televisión con un procedimiento diferente al previsto en el Acuerdo No. 387 de 2008. La Sala recuerda que el juicio de legalidad a los actos administrativos parte de la base de que el actor cumpla, entre otras cosas, lo dispuesto en el artículo 162 numeral 4º del CPACA, valga decir, que se invoquen las normas violadas y se explique el concepto de violación, ya que ese control supone un proceso de confrontación entre ese cuerpo normativo invocado por el demandante y el acto sometido a juzgamiento. Pues bien, en el proceso se demostró que para la época en que se surtió el procedimiento que culminó con la expedición del Acuerdo No. 510 de 5 de junio de 2013, mediante el cual se designó al señor Juan Manuel Buelvas Díaz como gerente de TELECARIBE, el Acuerdo No. 387 de 2008 ya había perdido vigencia. Así lo evidencia el Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013. Así, dado que los estatutos vigentes para la época en que se realizó el trámite para la designación de gerente de TELECARIBE no eran los consignados en el Acuerdo No. 387 de 28 de noviembre de 2008 sino los adoptados por medio del Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013, es claro que el cargo en esta parte es infundado. Por otra parte, con este cargo se afirma que el proceso de elección de gerente de TELECARIBE no tomó en cuenta el criterio del mérito, pues si bien contó con algunos parámetros en la convocatoria pública no se fijaron aspectos relacionados con ítems a evaluar, puntajes asignados a los mismos, entrevista, etc. Y, que se ha debido aplicar lo prescrito en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 para facilitar la libre concurrencia de aspirantes y la verificación de los criterios de idoneidad, experiencia, probidad, objetividad e imparcialidad. La Sala observa que el artículo 125 Constitucional estableció como regla general para el ejercicio de la función pública hacerlo bajo el régimen de carrera, que se caracteriza por la preponderancia asignada al mérito como criterio utilizado por el Estado para incorporar, mantener, promover o retirar

al personal a su servicio. Se basa en la oposición o competencia que se surte entre diferentes aspirantes a un cargo, que toma en cuenta la preparación académica, las competencias, las entrevistas y el resultado de las pruebas practicadas, para obtener un resultado objetivo que permita clasificar a los candidatos según el puntaje que hayan obtenido. Esa norma constitucional también deja ver que junto al régimen de carrera existen otros regímenes que cuentan con una configuración distinta, que por ser diferente no permite afirmar que para ellos no se observa el mérito de las personas. Son, por ejemplo, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y otros que debe fijar el legislador. En cuanto a los cargos de libre nombramiento y remoción, que son los que interesan al debate, hay que decir que así fueron concebidos por el constituyente debido al alto grado de confianza que representan frente a su nominador, quien debe contar con la facultad de designar y retirar discrecionalmente al funcionario, sin que ello se torne en arbitrariedad. Por lo mismo, la incorporación al servicio público de esta clase de funcionarios no representa para ellos ninguna suerte de derechos de carrera o de estabilidad. Suponer como lo hace el actor, que solamente bastaba el criterio del mérito con asiento en los artículos 125 y 126 de la Constitución para concluir que la JAR de TELECARIBE tenía el deber de adelantar un concurso de méritos para designar al gerente, es tanto como afirmar que los principios constitucionales son suficientes para imponer esa carga, tesis con la cual no ha estado de acuerdo esta Sección. Para la Sala lo dicho hasta ahora desvirtúa los planteamientos del actor, entre ellos aquél según el cual la designación del gerente del canal TELECARIBE se ha debido gobernar por lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, que fija los diferentes pasos de un concurso de méritos, puesto que se evidenció que ese cargo es de libre nombramiento y remoción y por lo mismo ajeno a esa forma de provisión de empleos públicos; y, porque con acudir a lo normado en el artículo 3º de la Ley 909 se corrobora que el cargo de gerente de las empresas industriales y comerciales del Estado no está dentro del campo de aplicación de ese cuerpo normativo. Ahora, aunque el cargo se nutre de otros planteamientos que se reproducen en los siguientes cargos, la Sala los abordará en dicho contexto. Por lo pronto, declarará impróspero este cargo.

NOTA DE RELATORÍA: Sentencia de 19 de septiembre de 2013, Rad. 2012-00051-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sección Quinta

CANAL REGIONAL DE TELEVISION DEL CARIBE - Elección de gerente / GERENTE DE TELECARIBE - Violación a la ley de cuotas en la constitución de la terna / GERENTE DE TELECARIBE - Su designación no está sujeta el sistema de terna

El actor sustenta este cargo en la supuesta violación de lo dispuesto en el artículo 12 numeral 7º del Acuerdo No. 387 de 2008, en el artículo 6º de la Ley 581 de 2000 "Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.", y en la Ley 51 de 1981 "Por medio de la cual se aprueba la "Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer", adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980"., debido a que en la terna que tuvo a su disposición la JAR de TELECARIBE para elegir al gerente del canal no se incluyó el nombre de una mujer. (...). [E]l Congreso de la República expidió la Ley Estatutaria 581 de 31 de mayo de 2000 por medio de la cual se adoptaron múltiples medidas de promoción o discriminación positiva a favor de la mujer, entre ellas la que invoca el señor Miguel Angel Rivaldo Cortizzo

como desconocida por la JAR de TELECARIBE al elegir al señor Juan Manuel Buelvas Díaz como gerente. (...). La Ley 581 de 31 de mayo de 2000, que tiene rango estatutario, fue objeto de control previo, integral y automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, quien lo hizo a través de la sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000, que en el numeral 5º de su parte resolutive declaró la exequibilidad condicionada del anterior precepto “bajo el entendimiento de que cuando en la conformación de ternas concurren distintas personas o entidades se procurará incluir mujeres, sin que ésta sea una obligación inexorable.”. Es decir, según lo anterior, en los casos en que las ternas deban ser integradas por un número plural de personas o entidades públicas independientes y autónomas, la incorporación del nombre de una mujer deja de ser un imperativo, pues pasa a ser una facultad, lo cual resulta razonable a la luz de un obstáculo práctico como es determinar cuál o cuáles de esas personas o entidades debe plegarse a la voluntad de los demás para confluir en el nombre de una misma aspirante. (...). Con todo, existe una razón adicional para calificar de impróspero este cargo y es que la designación del gerente de TELECARIBE no está actualmente sujeta al sistema de terna, como así lo evidencia la comparación entre la normativa del estatuto general derogado y el estatuto general vigente para la época en que se realizó la elección acusada. En efecto, el artículo 12 del Acuerdo No. 387 de 28 de noviembre de 2008 -Estatuto General derogado-prescribía como una de las funciones de la JAR de TELECARIBE la de “Nombrar al Gerente de la entidad de terna que resultará de un concurso público que se adelantará a través de un ente público o privado especializado o con capacidad para adelantar la selección por mérito.” (7º). En cambio, el artículo 15 del Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 -Estatuto General vigente-, prevé que la designación del gerente se hará por medio de una convocatoria pública y que “Como resultado del procedimiento se presentarán hasta tres (3) opcionados, de entre los cuales, la Junta Administradora Regional nombrará al Gerente.” (3º). Claramente la JAR de TELECARIBE abandonó la norma que ordenaba integrar una terna y la reemplazó por la de presentar los aspirantes más opcionados, que como lo dijeron algunos sujetos procesales, pueden ser uno o tres, según lo determine la Junta. Y, en caso de que se decidiera considerar que la lista de tres debe tomarse como equivalente de una terna, ello tampoco afectaría la validez del acto enjuiciado, dado que según se dijo arriba, dicha Junta no estaba obligada a incluir el nombre de una mujer pues si bien es cierto que es un solo órgano, también lo es que corresponde a un órgano integrado por diferentes entidades estatales, autónomas e independientes. Así, el cargo no prospera.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto al estudio de constitucionalidad de la Ley 581 de 2000, ver: Corte Constitucional, sentencia de 29 de marzo de 2000, exp. C-371, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 13 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 40 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 43 / LEY 51 DE 1981 / LEY 581 DE 2000 – ARTÍCULO 6

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., tres (3) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 11001-03-28-000-2013-00057-00

Actor: MIGUEL ANGEL RIVALDO CORTIZZO

Demandado: CANAL REGIONAL DE TELEVISION DEL CARIBE

La Sala, una vez agotados los trámites del proceso de la referencia, profiere sentencia de única instancia.

I.- DEMANDA¹

1.- Pretensiones:

“PRIMERA. Se declare la nulidad del **ACUERDO No. 510 DEL 5 DE JULIO DE 2013** por medio del cual se declaró la ELECCION Y como GERENTE DEL CANAL REGIONAL DE TELEVISION DEL CARIBE - TELECARIBE del Dr. JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ proferido por la JUNTA ADMINISTRADORA REGIONAL DE TELECARIBE, **sin constancia de publicación** por tratarse -a juicio del canal- de un acto administrativo de carácter particular.

SEGUNDA. Se declare la nulidad del **ACUERDO No. 007 DEL 12 DE JULIO DE 2013** por medio del cual dio **POSESION** como **GERENTE** DEL CANAL REGIONAL DE TELEVISION DEL CARIBE - TELECARIBE del Dr. JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ, proferido por la JUNTA ADMINISTRADORA REGIONAL DE TELECARIBE, **sin constancia de publicación** por tratarse -a juicio del canal- de un acto administrativo de carácter particular.

TERCERA. Que una vez se declare la nulidad de los actos que refiere (sic) los numerales anteriores, se advierta que cuando se pretenda convocar nuevamente el proceso para seleccionar el Gerente del Canal Regional TELECARIBE, se abstenga de establecer requisitos restrictivos, y demás situaciones de carácter ilegal, de acuerdo a la decisión adoptada por (sic) esta respetable corporación judicial, en el presente caso.

CUARTA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene iniciar nuevamente el proceso de selección del gerente de Telecaribe, con base en las consideraciones expuestas en la demanda y la parte decisoria del fallo adoptar (sic).

QUINTA. Se ordene a la parte demandada dar cumplimiento a la sentencia, en los términos del numeral 3º del artículo 288 de la Ley 1437 de 2011.”

¹ En este capítulo se resumen el escrito de demanda radicado el 20 de agosto de 2013 (fls. 1 a 33), el escrito de subsanación presentado el 30 de los mismos (fls. 77 a 90) y el escrito de reforma allegado el 9 de diciembre de 2013 (fls. 144 a 147).

2.- Fundamentos de Hecho

Informó el actor que la Junta Administradora Regional de Telecaribe (JAR de TELECARIBE), máximo órgano rector del canal, se integra por los departamentos del Atlántico, de Bolívar, del Cesar, de Córdoba, de La Guajira, del Magdalena, de Sucre, el Distrito de Barranquilla, la Universidad del Magdalena, la Universidad de Cartagena y el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Ministerio de las TIC).

Agregó que entre el 20 de mayo y el 5 de julio de 2013 actuó como gerente (E) el señor Lennart Eliseo Rodríguez Lozano, quien fue ordenador del gasto, y que mediante Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013, expedido por la JAR de TELECARIBE, publicado entre el 11 y el 13 de los mismos, se hizo la convocatoria para elegir al gerente del canal de televisión, estableciendo en su artículo 2º que la coordinación de la misma estaría a cargo del gerente encargado y que el proceso de selección lo fijaría esa junta con el acompañamiento de la Universidad de Cartagena y la Universidad del Magdalena, las cuales no estaban acreditadas para ello según lo dispuesto en el Acuerdo No. 0171 de 22 de mayo de 2012 dictado por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Sin embargo, ni en la convocatoria ni en ningún otro acto se fijaron los valores porcentuales a asignar a las cualidades, conocimientos y calidades de los aspirantes.

Señaló que la convocatoria fijó como requisitos para el cargo una serie de profesiones, pero excluyó otras sin ninguna justificación², lo cual vulneró principios constitucionales como el acceso al servicio público, la libre concurrencia a los concursos públicos y la igualdad.

Sostuvo que la convocatoria no debió pedir título profesional en periodismo y comunicación social porque con ello se desconoció lo dicho en las sentencias C-087 de 1998, C-010 de 2000 y C-650 de 2003 proferidas por la Corte Constitucional, mediante las cuales *“fue derogada”* la ley que reglamentaba dicha carrera, así como *“las recomendaciones de la procuraduría y de la presidencia de la República, ...”*³.

² No especifica cuáles serían las otras profesiones indebidamente excluidas.

³ No identifica las recomendaciones que invoca.

Adujo que el 20 de junio de 2013 el gerente (E) de TELECARIBE dio a conocer la lista de aspirantes al cargo (44). Que en la convocatoria se estableció que la evaluación de hojas de vida sería los días 21, 24 y 25 de junio de 2013. Que el 26 de junio se publicó la lista de candidatos admitidos, la cual incluía a la señora Susana Beatriz Rosales de La Espriella, hermana de Xiomara Rosales de La Espriella delegada de la Universidad de Cartagena ante la JAR de TELECARIBE, quien por ello estaba inhabilitada y a pesar de lo cual esta funcionaria no se declaró impedida.

Agregó que según la convocatoria, el 4 de julio de 2013 se publicaría el nombre de los 3 candidatos a entrevistar, pero se violó la Ley 581 de 2000 porque no se incluyó el nombre de una mujer, ya que los seleccionados fueron Harol Salazar, Ismael Fernández y JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ. El 5 de los mismos la delegada del Ministerio de las TIC afirmó que el señor Ismael Fernández no podía ser elegido como gerente de TELECARIBE según un concepto emitido por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), concepto que para el actor es irregular porque: (i) se expidió un día después de la integración de la terna, (ii) se profirió por fuera del horario laboral por una delegada proveniente de Bogotá, y (iii) la CNSC no reguló el concurso, no lo acompañó, no lo vigiló, ni lo coadyuvó, además de una *“posible extralimitación de funciones de los funcionarios que intervinieron en la redacción del aludido documento.”*. Afirmó que ante la inhabilidad de uno de los integrantes de la terna lo que procedía era recomponerla o hacer nuevo proceso de selección.

Señaló que para la elección del gerente de TELECARIBE la JAR debió hacer una citación igual a la empleada para una asamblea extraordinaria, a fin de evitar que se abordaran temas diferentes. También consideró irregular que el 5 de julio de 2013 el gobernador de La Guajira renunció al cargo de presidente de la JAR y que inmediatamente la asamblea se la aceptó y designó a su reemplazo, tema para el cual no se convocó la asamblea.

Cuestionó el nombramiento del gerente (E) Lennart Rodríguez Lozano surtido el 20 de mayo de 2013 porque a la sesión en que se produjo, de 20 de mayo de 2013, no asistieron todos los integrantes de la JAR de TELECARIBE, pues se presentaron unos delegados que no acreditaron esa condición. Lo mismo sucedió el 4 de junio de 2013 cuando se abrió el concurso en mención y en la jornada de

evaluación de hojas de vida y selección de la terna⁴, y el 5 de julio de 2013, cuando se produjo la elección acusada. Además, la delegada del Ministerio de las TIC señora Carolina Hoyos Turbay (Viceministra de Comunicaciones), no exhibió su delegación y pese a ello, a su vez designó a la asesora Andrea Moyano Carrillo *“sin delegación expresa... para elegir al gerente,...”*.

Precisó que el 12 de julio de 2013 el demandado tomó posesión como gerente de TELECARIBE ante el Presidente (Gobernador de Sucre) y el Vicepresidente (Gobernador de Córdoba) del canal, y que ese mismo día el gobernador del Atlántico sostuvo ante los medios que esa elección *“no era un concurso público sino una convocatoria”*. Además, las hojas de vida de los aspirantes nunca se publicaron *“es decir la elección fue secreta, no se conocen los criterios de selección y evaluación de las hojas de vida y los criterios rechazo de las otras, y tampoco se supo porque se da más puntajes a unas que otras y si por ende si el elegido y nombrado cumple o no a los mismos requisitos planteados por el proceso de selección.”*.

3.- Normas violadas y concepto de violación

El actor citó como normas violadas: Artículos 2, 13, 40, 43, 125, 209 y 211 de la Constitución; 3, 4, 9, 10, 11, 12 y 119 de la Ley 489 de 1998; 6 de la Ley 581 de 2000; 7 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, aprobada por la Ley 51 de 1981; 2, 47 y 49 de la Ley 909 de 2004; y 11, 12.7, 13, 15, 16, 18 y 20 literal c) del Acuerdo 387 de 28 de noviembre de 2008.

3.1.- CARGO PRIMERO: Violación a los principios constitucionales de la función pública en la convocatoria elaborada para proveer el cargo de gerente de TELECARIBE

Señaló el actor que en la convocatoria contenida en el Acuerdo 509 de 4 de junio de 2013 se mencionaron algunas profesiones como aptas para ocupar el cargo de gerente de TELECARIBE, listado que contraviene los principios consagrados en el artículo 209 Constitucional porque cerró la posibilidad a otras profesiones, que no identificó. Además, no se explicó en la convocatoria por qué razón al periodista o

⁴ El demandante no es específico en sus afirmaciones.

comunicador social se le exigió título profesional, lo cual vulnera el principio de igualdad. Citó apartes de las sentencias C-087 de 1998, C-010 de 2000 y C-650 de 2003 para afirmar que es inconstitucional exigir título profesional al periodista y al comunicador social, y para aseverar que esa regulación desconoció lo dispuesto en los artículos 13 y 20 de la Constitución.

Sostuvo que bajo un test de proporcionalidad no resulta aceptable tal exigencia. Lo que hace inconstitucional la medida es que no se haya ofrecido un mínimo de justificación de por qué esas 14 profesiones y no otras más, la cual tampoco es adecuada y mucho menos necesaria porque para seleccionar al gerente no era menester limitar las profesiones idóneas en la forma como se hizo.

3.2.- CARGO SEGUNDO: Los vicios de procedimiento en el concurso para la elección del gerente

Aseguró el actor que la JAR de TELECARIBE aplicó un procedimiento diferente al legalmente establecido y para ello transcribió lo dispuesto en los artículos 12 numeral 7º y 16 del Acuerdo No. 387 de 2008 ó Estatutos de TELECARIBE, de los cuales destacó como contradicción que el primero habla de una terna mientras que el segundo alude a 5 aspirantes como mínimo para elegir al gerente, lo cual se puede conciliar tomando los 2 últimos como reemplazo de los 3 primeros.

Reiteró que en la elección las personas que participaron como delegados de otras autoridades -que no especifica-, no acreditaron esa calidad; que la terna se integró sin incluir el nombre de una mujer, como así lo ordena el artículo 6º de la Ley 581 de 2000; que el proceso de selección lo adelantó la JAR de TELECARIBE con el acompañamiento de las universidades del Magdalena y Cartagena y con la coordinación del gerente del canal, pero ninguna norma le atribuía a esa junta *“competencia para adelantar el proceso de selección.”*, la cual carece de la acreditación para ello; que ninguna de las universidades aludidas tiene acreditada su capacidad y especialización para hacer estos procesos de selección.

En cuanto al mérito señaló, después de citar apartes de la sentencia T-556 de 2010, que la escogencia del gerente debió guiarse por dicho criterio. Empero, en este caso si bien se fijaron algunos parámetros, la convocatoria pública omitió establecer los criterios y puntajes de evaluación de los diferentes ítems, así como la entrevista y los criterios de admisión y rechazo de aspirantes. Ante ello se debió

aplicar lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, pero como no se hizo, ello impidió la libre concurrencia de los aspirantes, así como verificar los criterios de idoneidad, experiencia y probidad, y la objetividad e imparcialidad.

3.3.- CARGO TERCERO: Falta de competencia

El actor lo fundamentó en lo dispuesto en el artículo 2º del Acuerdo No. 509 de 2013 -Convocatoria Pública- y en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004. Aseguró que ni la Universidad del Magdalena ni la Universidad de Cartagena estaban acreditadas para participar en el proceso de selección cuestionado, como así lo revela el directorio de universidades autorizadas ante la CNSC.

Igualmente invocó el artículo 11 del Acuerdo 387 de 2008 -Estatutos de TELECARIBE-, según el cual los integrantes de la JAR pueden acudir a la delegación, y los artículos 9º y 10º de la Ley 489 de 1998, para sostener que quienes actuaron como delegados no habían recibido la delegación expresamente y por escrito.

3.4.- CARGO CUARTO: La violación a la ley de cuotas en la constitución de la terna

El actor se apoyó en lo dispuesto en el artículo 12 numeral 7º del Acuerdo No. 387 de 2008, en el artículo 6º de la Ley 581 de 2000 y en la Ley 51 de 1981 que aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, para asegurar que en la composición de la terna no se tuvo en cuenta el nombre de una mujer, ni siquiera cuando se informó de la inhabilidad que soportaba el candidato Ismael Fernández.

II.- CONTESTACION

El **apoderado del Ministerio de las TIC**, con escrito anexado el 22 de enero de 2014 (fls. 173 a 176), dio respuesta a la demanda. Se refirió a los hechos en el sentido de admitir unos como ciertos, decir que otros no le constaban y que se atenía a lo probado en cuanto a los demás.

Señaló que la JAR de TELECARIBE sí tenía facultades para definir los requisitos para ocupar el cargo de gerente, lo cual no puede analizarse bajo el test de proporcionalidad sugerido por el actor como quiera que no hay dos principios en tensión. El actor citó unos estatutos derogados, los que estaban vigentes eran los contenidos en el Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 que en su artículo 15 fija el procedimiento para la elección del gerente, que en parte alguna alude a terna o concurso público y por ello las universidades no hicieron ningún proceso de selección.

Adujo que el Ministro de las TIC delegó a la señora Andrea Moyano Carrillo para que lo representara en las juntas en que se encargó gerente (Acta 192), se eligió a 3 opcionados para gerente (Acta 194) y se eligió gerente en propiedad (Acta 195). Delegación que no fue producto de otra delegación sino que la otorgó la Viceministra María Carolina Hoyos Turbay cuando fungía como ministra encargada.

Se opuso a las pretensiones mediante la proposición de las siguientes excepciones:

1.- Caducidad de la acción: Se fundamentó en que el acto acusado se publicó en la página web del canal el 5 de julio de 2013 y la demanda se radicó hasta el 5 de noviembre de 2013, cuando según el artículo 164 numeral 2º literal a) del CPACA los 30 días ya habían vencido el 20 de agosto del mismo año.

2.- Ausencia de violaciones constitucionales: Se basó en la afirmación de que en la elección cuestionada no se violó ningún precepto constitucional ni derecho fundamental alguno.

3.- Ausencia de vicios de procedimiento: Se apoyó en que la JAR de TELECARIBE observó todos los pasos establecidos en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013, ocurriendo que el actor invocó unos estatutos derogados.

4.- Ausencia de falta de competencia: La basó el apoderado en que anexó con la contestación prueba de que la delegación fue correctamente otorgada.

5.- Ausencia de violaciones a la ley de cuotas en el proceso de convocatoria para elección del gerente del canal TELECARIBE: Se sustentó en que en el proceso de

selección sí participaron mujeres pero que ninguna calificó en la escogencia final de los 3 opcionados.

6.- Ausencia de las causales generales de anulación de los artículos 137 y 275 del CPACA: Se apoyó en que la demanda no invocó ninguna causal de nulidad pero que sin embargo ninguna se configura.

La **apoderada del demandado JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ**, con escrito allegado el 23 de enero de 2014 (fls. 221 a 225), contestó la demanda. Admitió unos hechos como ciertos, en tanto que otros los negó, en particular dijo que no se hizo un concurso de méritos sino una convocatoria pública, la cual se tramitó conforme al Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 artículo 15. Agregó que los requisitos del cargo de gerente son los fijados en la Resolución No. 414 de 30 de mayo de 2013 -Manual de Funciones y Competencias Laborales de TELECARIBE-; que la señora Xiomara Rosales de La Espriella asistió a la reunión de 4 de junio de 2013 (apertura de la convocatoria) como delegada del rector de la Universidad de Cartagena. Negó que se hubiera violado la Ley 581 de 2000 porque según los estatutos no se conforma una terna sino que se presentan 3 opcionados; también negó que en la reunión extraordinaria de 5 de julio de 2013 se hubiera desconocido el objeto de su citación, ya que uno de los puntos a tratar era el relativo a la designación de presidente de la JAR para el período 2013-2014; que la prueba de la delegación de quienes asistieron bajo esa modalidad se aportó con la contestación; y que en la página web del canal TELECARIBE sí se publicaron las hojas de vida de los aspirantes.

Insistió en que la Convocatoria No. 509 de 4 de junio de 2013 se surtió con base en el procedimiento fijado en el artículo 15 del Acuerdo 504 de 2013 y que los requisitos para el cargo son los establecidos en la Resolución 414 de 30 de mayo de 2013, para lo cual la administración tiene libertad para hacerlo, con sujeción a la Ley 909 de 2004 y a los estatutos de la entidad. Igual que el anterior apoderado desestimó el uso del test de proporcionalidad porque el actor ni siquiera identificó los dos derechos fundamentales que supuestamente entraban en conflicto, señaló que el demandante invocó unos estatutos que no estaban vigentes y expresó que la actuación administrativa realizada en torno a la elección del gerente sí se publicó en la página web del canal TELECARIBE, así como dicho acto.

Propuso la excepción de Caducidad de la Acción y para ello invocó las mismas razones que adujo el apoderado del Ministerio de las TIC⁵.

La **apoderada del departamento de Córdoba**, con escrito radicado el 23 de enero de 2014 (fls. 320 y 321), se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos, unos los admitió como ciertos en tanto que otros señaló que no le constaban. Propuso la excepción de buena fe con sustento en que el actuar de la entidad “*se fundó en la legalidad o con la convicción de actuar bajo sus parámetros.*”.

La **apoderada del departamento del Atlántico**, con escrito presentado el 20 de enero de 2014 (fls. 329 a 344), contestó la demanda precisando que los hechos expuestos nada tenían que ver con esa entidad territorial y que por ello las pretensiones no podían prosperar en su contra, dado que no estaba en capacidad de cumplir un eventual fallo estimatorio, lo cual correspondería a la JAR de TELECARIBE conforme al artículo 12 numeral 7º del Acuerdo No. 387 de 2008. Además, la cancelación de la credencial es inane porque al gerente no se le expide tal documento.

Alegó que el canal TELECARIBE es una empresa industrial y comercial del Estado vinculada al Ministerio de las TIC, cuyos actos y contratos están sujetos al derecho privado (Acuerdo No. 387 de 28 de noviembre de 2008 Art. 20), salvo actos administrativos como el acusado que se rige por los estatutos de la entidad. Y, que según los artículos 16 parágrafo y 23 del citado acuerdo, el cargo de gerente es de libre nombramiento y remoción, y su provisión no requiere de un proceso de selección, aunque sí se puede implementar la meritocracia, como de hecho sucedió en el *sub lite*, en el que ninguna de las mujeres participantes cumplió las expectativas de los directivos.

Señaló que no le constaba la alegada violación de principios constitucionales de la función pública y que no se le podía atribuir porque carecía de competencia para establecer qué profesiones eran admisibles para la convocatoria. La misma incompetencia la sostuvo en torno a la escogencia de la universidad que adelantaría el proceso de selección, máxime porque empresas industriales y comerciales del Estado como TELECARIBE gozan de autonomía administrativa (Ley 489/98 Art. 85), lo cual impide atribuir cualquier tipo de responsabilidad al

⁵ Con escrito allegado el 23 de enero de 2014 (fl. 319) la apoderada complementó la excepción.

departamento del Atlántico, aunque comparte la “*absoluta pertinencia jurídica de lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 581 de 2007 (sic), que normatiza lo relacionado con la participación de la mujer,...*”.

Después de analizar las modificaciones que la Ley 489 de 1998 introdujo a disposiciones como los Decretos Leyes 1050 y 3130 de 1968 y 130 de 1976, sostuvo que las sociedades entre entidades públicas son sociedades públicas pero sometidas al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado, lo cual las diferencia de entidades territoriales como el departamento del Atlántico, quien no debe responder por las actuaciones de TELECARIBE, ni tiene la atribución de controlar la legalidad de sus actos.

Con apoyo en todo lo dicho propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, a lo que agregó la excepción genérica. También planteó la excepción de inepta demanda cuyo sustento presentaría “*en escrito separado*.”

El **demandante**, con escrito radicado el 6 de febrero de 2014 (fls. 349 a 351), **se opuso a la prosperidad de la excepción de caducidad** que plantearon algunos demandados, porque no era cierto que la demanda se hubiera presentado el 5 de noviembre de 2013, ya que formalmente se presentó el 20 de agosto de 2013, cuando aún no se había configurado la caducidad, ante el Tribunal Administrativo del Atlántico que la remitió por competencia al Tribunal Administrativo de Córdoba, el que finalmente la envió al Consejo de Estado. También estuvo en desacuerdo con la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda que propuso el departamento del Atlántico, ya que la demanda y su reforma cumplieron lo requerido por el despacho sustanciador.

III.- AUDIENCIA INICIAL

Tuvo lugar el 4 de junio de 2014 con la asistencia del apoderado del demandante, de la apoderada del demandado, del apoderado del Ministerio de las TIC, de la delegada de la gobernación del Atlántico, de la apoderada de la gobernación de Córdoba y del Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado.

En cuanto al saneamiento no se advirtió ningún vicio en la actuación procesal, decisión que fue acompañada del silencio de los asistentes. La excepción de caducidad de la acción fue desestimada con sustento en el artículo 168 del CPACA porque la demanda se radicó inicialmente el 20 de agosto de 2013 en la

oficina de reparto de Barranquilla, último día que se tenía para interponer la acción tomando en cuenta que el acto acusado se profirió el 5 de julio de esa anualidad, cómputo que no se alteró por el hecho de que la demanda hubiera pasado antes por los Tribunales Administrativos del Atlántico y de Córdoba. Y, la excepción de inepta demanda también resultó impróspera porque la apoderada del departamento del Atlántico no la fundamentó.

Sobre la fijación del litigio se determinó la improcedencia de las pretensiones 2ª, 3ª y 4ª. En el primer caso, porque la posesión no es un acto que pueda ser objeto de este medio de control; y, en los dos restantes, porque en este escenario no se puede pretender ningún tipo de restablecimiento ni la expedición de órdenes a la administración de cómo debe expedir los actos electorales.

Como hechos compartidos por los sujetos procesales se establecieron: (i) Que TELECARIBE se constituyó como empresa industrial y comercial del Estado mediante Decreto 3100 de 20 de diciembre de 1984; (ii) La composición de la JAR de TELECARIBE; (iii) Que entre el 20 de mayo y el 5 de julio de 2013 actuó como gerente (E) el señor Lennart Eliseo Rodríguez Lozano; (iv) Que la convocatoria para esta elección se hizo por medio del Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013; (v) Que el artículo 2º de la convocatoria estableció que la coordinación estaría a cargo del gerente; (vi) Que el 20 de junio de 2013 se publicó la lista de aspirantes a gerente de TELECARIBE; (vii) Que la convocatoria fijó los días 21, 24 y 25 de junio de 2013 para el estudio de las hojas de vida de los aspirantes; y, (viii) Que el 12 de julio de 2013 el demandado se posesionó como gerente de TELECARIBE. Después de hacer una síntesis sobre cada uno de los cargos planteados la fijación del litigio se hizo en estos términos:

“Determinar si es nulo el acto de nombramiento de Gerente Grado 21 Códio ND-0015 del Canal Regional de Televisión del Caribe, contenido en el Acuerdo No. 510 del 5 de julio de 2013 expedido por la Junta Administradora del Canal TELECARIBE con fundamento en los cargos de violación de la Ley expuestos por el actor a saber: **i)** violación a los principios constitucionales de la función pública en la convocatoria; **ii)** vicios en el procedimiento del concurso; **iii)** falta de competencia de las universidades que acompañaron el proceso y de los delegados que intervinieron en la Junta Administrativa; y **iv)** violación de la ley de cuotas en la composición de la terna de candidatos para nombrar al gerente.”

Por último, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes y se ordenó a la secretaría de la Sección que una vez recaudadas las diera en traslado para los

fines del artículo 289 del CPC. También se prescindió de la práctica de la audiencia de pruebas con base en los artículos 179 y 283 del CPACA y se ordenó a la secretaría pasar oportunamente el proceso al despacho para proveer sobre los alegatos finales. Todas las decisiones se notificaron en estrados y no fueron impugnadas.

IV.- ALEGATOS DE CONCLUSION

El **apoderado del Ministerio de las TIC**, con escrito allegado el 18 de julio de 2014 (fls. 572 a 574), expuso sus alegatos de conclusión. Sostuvo que la JAR de TELECARIBE no abrió un concurso de méritos sino que hizo una convocatoria pública para proveer el cargo de gerente, de libre nombramiento y remoción, y que esa entidad contaba con la libertad para fijar los requisitos para el cargo. Reiteró que el test de proporcionalidad está mal empleado por el actor porque no mencionó los dos derechos fundamentales en conflicto.

Insistió en que la señora Andrea Moyano Carrillo no actuó en la designación de gerente encargado (Acta 192), ni en la escogencia de los 3 opcionados para el cargo (Acta 194), ni en la elección acusada (Acta 194), con delegación de delegación, puesto que la Viceministra María Carolina Hoyos Turbay actuaba como ministra encargada cuando extendió esa delegación. En lo demás el documento reproduce lo dicho en la contestación.

La **apoderada del departamento de Córdoba**, con escrito presentado el 21 de julio de 2014 (fls. 575 a 577), expuso sus alegatos de conclusión. Señaló que la demanda cuestionaba la designación del gerente (E) sin que ello tenga relación con el acto acusado; que no entiende en qué forma la gama de profesiones admitidas para ocupar el cargo de gerente de TELECARIBE pueda constituir una medida discriminatoria o el hecho de pedir tarjeta profesional; y, que no tiene ningún nexo causal con la nulidad invocada el supuesto parentesco entre la aspirante Susana Rosales y la delegada de la Universidad de Cartagena Xiomara Rosales, candidata que ni siquiera fue incluida en la terna.

Agregó que si bien se detectó que uno de los integrantes de la terna estaba inhabilitado, se procedió conforme a la convocatoria, esto es se llamó al aspirante que seguía en la lista. Además, la delegación que se empleó para la elección cuestionada es un procedimiento legalmente autorizado. Y, terminó haciendo

algunas apreciaciones jurídicas sobre el carácter taxativo de las causales de nulidad, las cuales debían ser específicamente invocadas y explicadas.

El **apoderado del demandante**, con escrito presentado el 23 de julio de 2014 (fls. 578 a 586), formuló sus alegatos de conclusión. En cuanto al primer cargo, por violación a los principios constitucionales de la función pública en la convocatoria, dijo que se referiría a la respuesta dada por el canal TELECARIBE en el sentido de que la designación del gerente es un acto de libre nombramiento y remoción. Frente a ello retomó lo publicado por esa entidad sobre *“Quienes somos”*, para señalar que es una empresa industrial y comercial del Estado cuyo objeto es la prestación del servicio público de televisión, lo cual basta para sostener que debía ajustar su actuar a los citados principios, sin que la discrecionalidad pueda entenderse como arbitrariedad o autoritarismo.

Sobre la violación del procedimiento abordó en primer término el tema de *“Las etapas pretermitidas en el proceso de selección diseñado por la misma entidad”*, para lo cual citó un aparte de la Convocatoria Pública efectuada con el Acuerdo No. 509 de 2013, que dice que *“No serán evaluadas,…”* las postulaciones y documentos extemporáneamente allegados, lo que significa, por contraposición, que los radicados en tiempo sí serían objeto de evaluación, lo que desmiente la afirmación del canal TELECARIBE en el sentido de que *“ellos [no] realizaron ningún tipo de calificación, ni puntaje.”* Después transcribió la parte del cronograma que fijó los días en que serían estudiadas las hojas de vida de los aspirantes, lo cual le indica *“una clara contradicción de lo que se pregona realizar y lo que realmente se realiza para llevar a buen término el proceso de elección del Gerente del canal regional TELECARIBE.”*

Sostuvo que no obstante el esfuerzo realizado por la defensa para demostrar que la convocatoria pública y el concurso de méritos son dos cosas distintas, con la sentencia SU-446 de 2011 de la Corte Constitucional queda demostrado que son lo mismo, y por tanto, no debió anteponerse la autonomía y discrecionalidad de la entidad a los principios y reglas a las que se someten todas las entidades públicas.

En lo atinente a la falta de competencia de las universidades que acompañaron el proceso y de los delegados que intervinieron en la JAR de TELECARIBE, expresó que con oficio No. 18447 de 9 de junio de 2014 de la CNSC se verificó que para el

5 de julio de 2013 las Universidades del Magdalena y de Cartagena no estaban acreditadas por esa entidad para participar en el proceso de selección cuestionado, acreditación que opera tanto para concursos de mérito de la carrera administrativa como para el acompañamiento de procesos de selección de personal.

Frente a los cuestionamientos que hizo a la delegación extendida a quienes participaron en la JAR de TELECARIBE del 5 de julio de 2013, señaló que pese a los documentos aportados para desvirtuar su aseveración hay casos en los que la irregularidad persiste, tal como sucede con el decreto firmado por la alcaldesa de Barranquilla el 28 de febrero de 2012, donde *“Se designa a la Dra. DIANA ACOSTA MIRANDA en calidad de miembro suplente de la Alcaldesa de Barranquilla...”*, pues se pregunta si ello es válido; o como ocurre con el *“poder especial, amplio y suficiente”* que el representante de la Universidad de Cartagena confirió al Vicerrector académico Edgar Parra Chacón. Es decir, que corresponderá a la Sala *“determinar si encuentra probado el hecho que aun existiendo actos o poderes conferidos estos a luz (sic) de la ley cumplen con los requisitos para su eficacia que permitiesen validar la elección de la que participaron.”*

Y, en torno a la violación de la ley de cuotas en la composición de la terna para gerente, dijo no compartir los argumentos de la defensa según los cuales ninguna mujer calificó para la escogencia final o que no se trataba de una terna, puesto que según el Acta No. 194 de 3 de julio de 2013 se contaba con las aspirantes Patricia Aguirre Gutiérrez, Marleni Cárdenas de Chaguin y Susana Rosales de La Espriella. Ahora, como se trató de un listado de 3 opcionados, no existía ninguna razón para que se dejara de aplicar la Ley 581 de 2000.

La **apoderada del demandado**, mediante escrito anexado el 25 de julio de 2014 (fls. 599 a 604), presentó sus alegatos finales. En cuanto a la violación de principios constitucionales, una vez mencionó el régimen jurídico de las empresas industriales y comerciales del Estado, expresó que la designación del gerente del canal TELECARIBE se sujetó a la transparencia, las competencias laborales, el mérito, la capacidad y la experiencia según el Manual de Competencias Laborales o Resolución No. 414 de 2013, así como las calidades personales y competencias laborales en relación con las funciones, tal como consta en el Acta No. 193 punto 4, el Acta No. 194 punto 3 y el Acta No. 195 punto 4 todas de 2013.

Reiteró que se adelantó una convocatoria pública pero no un concurso de méritos, con sujeción al artículo 15 del Acuerdo No. 504 de 2013 y al artículo 2º del Acuerdo No. 509 del mismo año. Además, la Ley 909 de 2004 no es aplicable a los cargos de libre nombramiento y remoción.

Sobre la falta de competencia de las universidades y de los delegados que intervinieron en la designación, reiteró lo dicho en la contestación, esto es que las universidades no requerían de acreditación para acompañar dicho proceso, y que los delegados actuaron con apego a las normas jurídicas respectivas.

Y, respecto a la violación de la ley de cuotas adujo la apoderada que la JAR de TELECARIBE sí garantizó la participación de la mujer, pero que el sistema de ternas no fue adoptado en los estatutos de la entidad para la elección de gerente, razón por la cual no es aplicable la Ley 581 de 2000. El numeral 3º del artículo 15 del Acuerdo No. 504 de 2013 establece que como resultado del procedimiento se pueden escoger hasta 3 personas, lo cual no es equivalente de una terna y por el contrario indica que ha podido ser un número menor.

La Secretaria Jurídica del departamento del Atlántico, con escrito radicado en esta corporación el 31 de julio de 2014 (fls. 607 a 613), formulo alegatos de conclusión. Sin embargo, lo hizo extemporáneamente porque según constancia secretarial visible a folio 571 el término corrió entre el 15 y el 28 de julio del corriente año.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado rindió concepto con documento radicado el 25 de julio de 2014 (fls. 587 a 598), en el que pidió desestimar las pretensiones de la demanda, para lo cual esgrimió razones que la Sala sintetiza de la siguiente manera:

En cuanto al cargo por violación a los principios constitucionales de la función pública en la convocatoria, comenzó por exponer algunas apreciaciones sobre la naturaleza jurídica del canal TELECARIBE, en especial que la regla general es que las personas que trabajan allí son trabajadores oficiales y que los cargos de dirección son ocupados por empleados públicos (Dto. 3135/68 Art. 5º). Además,

que esas empresas son dirigidas por una junta directiva y un gerente o presidente (Ley 489/98 Art. 88), con capacidad para dictar sus propios estatutos.

Que al abrigo de esas competencias la JAR de TELECARIBE expidió el Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013, mediante el cual determinó que la junta sería la encargada de designar al gerente previa convocatoria pública, dictada para este caso con el Acuerdo No. 509 de 4 de junio del mismo año, que fijó el perfil profesional para ser gerente.

Sostuvo que los derechos a la igualdad, de libertad de pensamiento y al trabajo no son absolutos, ya que pueden ser limitados sin afectar su núcleo esencial en busca del correcto ejercicio de los cargos públicos, como así lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-820 de 2010. Que tal limitación puede ser el producto de fijar requisitos y calidades o de consagrar inhabilidades o incompatibilidades, donde lo último tiene reserva constitucional y legal mientras que la fijación de requisitos sí puede estar a cargo de otra autoridad, incluso la misma entidad a la que pertenece el cargo.

Por ello, para el colaborador fiscal el hecho que la JAR de TELECARIBE haya fijado las profesiones admisibles no vulnera los principios de la función pública ni los derechos fundamentales aludidos, pues lo que se pretende es que el cargo de gerente *“sea ocupado por personas idóneas y capacitadas para el mejor desempeño y con conocimientos específicos en la dirección y administración de entidades...”*.

Además, que la necesidad de título profesional para los periodistas o comunicadores sociales se sustenta en lo normado en el artículo 10 del Decreto 2772 de 2005 expedido por el Presidente de la República, como una exigencia mínima para el desempeño de un empleo público, lo cual no riñe con lo precisado por la Corte Constitucional en las sentencias mencionadas por el actor, que aluden al ejercicio de la profesión de comunicador social o periodista pero no a la posesión en un cargo público.

Frente al cargo de vicios en el procedimiento del concurso el agente del Ministerio Público lo encuentra inviable porque el actor parte de un presupuesto equivocado, pues considera que los estatutos de TELECARIBE están contenidos en el Acuerdo No. 387 de 2008 cuando en realidad figuran en el Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013. Además, según el artículo 15 del último el procedimiento de

elección del gerente, que es un cargo de libre nombramiento y remoción, no se rige por el mérito sino por unos pasos que fueron acogidos en su integridad en el trámite del acto en cuestión.

Respecto a la falta de competencia de las universidades que acompañaron el proceso de elección y de los delegados que intervinieron ante la JAR, dijo que tampoco se configuraba. En cuanto a las universidades porque la acusación se apoya en el derogado Acuerdo No. 387 de 2008 y no en el vigente al momento de la elección (Acuerdo No. 509), Además, el sistema del mérito no opera frente a los cargos de libre nombramiento y remoción, entre otros, y por ello la exigencia de la acreditación de las universidades no es de recibo, establecimientos que brindaron un acompañamiento acorde con lo dispuesto en el artículo 2º de la convocatoria pública y con el artículo 15 de los Estatutos de TELECARIBE.

Sobre la falta de competencia de los delegados que actuaron en la JAR se apoyó en el artículo 9º de la Ley 489 de 1998 y señaló que según el Acta No. 195 de 5 de julio de 2013 a la sesión en que se eligió al demandado asistieron 10 de los 11 integrantes de la JAR de TELECARIBE, aunque el gobernador del Cesar tenía poder otorgado por el gobernador de La Guajira, lo que indica que en realidad estaban todos los miembros de la junta. Y, que de folios 305 a 313 obra la prueba de la delegación de los funcionarios que actuaron bajo esa figura.

Y, en lo que tiene que ver con el cargo por violación a la ley de cuotas, lo encontró infundado el procurador delegado porque el cargo de gerente es de libre nombramiento y remoción, además de que el artículo 15 del Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 no establece la composición de una terna, así se refiera a la presentación de hasta 3 opcionados, que bien pueden ser menos.

Y, de llegarse a pensar que la Ley 581 de 2000 sí fuera aplicable a la elección cuestionada, tampoco se habría vulnerado en virtud a que el deber de incluir a una mujer en la terna opera cuando la designación la hace un órgano o funcionario (*Vr. Gr. el Presidente de la República*), pero no cuando compete a un cuerpo colegiado como la JAR de TELECARIBE, como ya lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia C-371 de 2000 y el Consejo de Estado en la sentencia de 26 de noviembre de 2002 Expediente: 110010328000200100011-02(IJ-026).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para juzgar la legalidad de la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como director del Canal Regional de Televisión del Caribe - TELECARIBE, porque así lo dispone el artículo 149 numeral 5º del CPACA al establecer que esta corporación conoce en única instancia *“De la nulidad de los actos de nombramiento de los representantes legales de las entidades públicas del orden nacional.”*, y porque dicho canal de televisión corresponde a una entidad pública según los términos del párrafo del artículo 104⁶ *ibídem*, dado que estatutariamente se concibió como una empresa industrial y comercial del Estado por la conjunción de capitales procedentes de distintas entidades públicas⁷.

2.- Prueba de la calidad del demandado

La elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente del Canal Regional de Televisión del Caribe Ltda., TELECARIBE, se acreditó con copia del Acuerdo No. 510 de 5 de julio de 2013, expedido por la Junta Administradora Regional de TELECARIBE (fl. 91).

3.- Cuestiones previas

1.- El apoderado del Ministerio de las TIC con el escrito de contestación propuso como excepciones las que denominó *“Ausencia de violaciones constitucionales”*, *“Ausencia de vicios de procedimiento”*, *“Ausencia de falta de competencia”*, *“Ausencia de violaciones a la ley de cuotas en el proceso de convocatoria para elección del gerente del canal TELECARIBE”* y *“Ausencia de las causales generales de anulación de los artículos 137 y 275 del CPACA”*, cuyo fundamento no es otro que la negación de las imputaciones consignadas en cada uno de los

⁶ Esta norma dice en lo pertinente: **“Artículo 104. De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.** *La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa.*

.....
Parágrafo. Para los solos efectos de este Código, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación; las sociedades o empresas en las que el Estado tenga una participación igual o superior al 50% de su capital; y los entes con aportes o participación estatal igual o superior al 50%.”

⁷ El Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 *“Por medio del cual se adoptan los estatutos internos del canal regional de televisión del Caribe limitada TELECARIBE”*, prescribe en el artículo 3º sobre la naturaleza jurídica del canal lo siguiente: *“TELECARIBE es una sociedad entre entidades públicas, de responsabilidad limitada, constituida por medio de la escritura pública número 875 del 28 de abril de 1988 otorgada ante la Notaría Única de Valledupar, organizada como Empresa Industrial y Comercial del Estado, perteneciente al orden Nacional. De conformidad con lo dispuesto en la Ley, en especial el artículo 115 de la Constitución Nacional, el artículo 85 de la Ley 489 y el Decreto 3100 de 1984.”*

cargos propuestos por el actor. Y, la apoderada del departamento de Córdoba planteó la excepción de Buena Fe con sustento en que la entidad *“se fundó en la legalidad o con la convicción de actuar bajo sus parámetros.”*

La Sala observa que en estricto sentido esos medios de defensa no corresponden a excepciones de mérito, pues no se trata de la proposición de hechos nuevos encaminados a refutar los juicios de ilegalidad lanzados por el señor Miguel Angel Rivaldo Cortizzo, sino de la simple negación de tales señalamientos.

Por tanto, no serán abordados como excepciones de fondo sino como parte de la discusión jurídica suscitada en torno a la validez de la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de TELECARIBE.

2.- El actor dentro de los hechos de la demanda incluyó afirmaciones tales como (i) la supuesta inhabilidad en que incurrió la aspirante Susana Beatriz Rosales de La Espriella por ser hermana de la delegada de la Universidad de Cartagena, señora Xiomara Rosales de La Espriella, que no se declaró impedida; (ii) la presunta irregularidad en la expedición de un concepto emitido por la CNSC sobre la inhabilidad del aspirante Ismael Fernández; (iii) que la citación para la elección de gerente debió hacerse como se hace para una asamblea extraordinaria; (iv) la supuesta ilegalidad de la designación del señor Lennart Rodríguez Lozano como gerente encargado de TELECARIBE; y (v) la presunta falta de publicación de las hojas de vida de los candidatos.

La Sala observa que si bien estas aseveraciones aparecen dentro de los hechos de la demanda, en torno a ellas no se formula jurídicamente un cargo de ilegalidad, pues como ya se dijo líneas arriba, ello debe estar acompañado de la norma violada y de una explicación razonada de la forma como se produjo la transgresión de la disposición jurídica, lo cual no ocurre frente a ninguna de dichas afirmaciones.

Además, el principio del debido proceso impediría abordar algunos de esos planteamientos, como así ocurre con la censura que se presenta contra la designación del gerente encargado, o la designación de presidente y vicepresidente en la reunión en que se realizó la elección cuestionada. La Sala señala que debe tomarse en cuenta que tales decisiones son típicos actos electorales y que bajo esa condición su juzgamiento ha debido proponerse en

proceso separado, pero no presentarse en este asunto como si se tratara de un motivo de ilegalidad del acto de elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente del canal TELECARIBE.

De otro lado, los cuestionamientos que se dirigen contra algunas de las personas que aspiraron al cargo de gerente de TELECARIBE verdaderamente son irrelevantes de cara a la elección acusada; es más, el actor ni siquiera explica en qué forma ello puede conducir a la invalidez de ese acto.

Por último, lo relativo a la no publicación de las hojas de vida de los aspirantes a gerente de TELECARIBE, no solo careció del referente normativo supuestamente infringido, sino que también es contrario a las pruebas regular y oportunamente recaudadas, pues con sólo consultar los documentos visibles de folios 502 a 507 se establece cual fue el link⁸ habilitado por el canal de televisión para todo lo relativo a esa convocatoria pública, así como la efectiva publicación de los nombres de las personas que postularon su nombre para ocupar esa dignidad.

4.- CARGOS DE LA DEMANDA

4.1.- CARGO PRIMERO: Violación a los principios constitucionales de la función pública en la convocatoria elaborada para proveer el cargo de gerente de TELECARIBE

El señor Miguel Angel Rivaldo Cortizzo sostiene que la ilegalidad del acto de elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de TELECARIBE se funda en la violación de los principios consagrados en el artículo 209 Constitucional⁹, dada la configuración que se hizo en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 sobre los requisitos exigidos para ocupar el cargo de gerente, en particular porque únicamente se admitieron unas cuantas profesiones y no otras, que por cierto el actor no identifica; igualmente la sustenta en que no se podía exigir título profesional a los periodistas y comunicadores sociales para aspirar a dicho cargo, porque con ello se contraviene lo señalado por la Corte Constitucional en las sentencias C-087 de 1998, C-010 de 2000 y C-650 de 2003.

⁸ convocatoriagerente@telecaribe.com.co.

⁹ Esta norma establece: "**Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley."

La Sala advierte que los cuestionamientos formulados por el actor, más que recaer directamente sobre el acto de elección del gerente de TELECARIBE, versan sobre actos de carácter general tales como el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 - Convocatoria Pública- expedido por la JAR de TELECARIBE¹⁰ y la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013 *“Por la cual se modifica, se ajusta y se adopta el Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales para un empleo público de la planta de personal del Canal Regional de Televisión del Caribe Ltda., Telecaribe”*¹¹, expedida por el gerente (E) de TELECARIBE. El último de los actos, que en ello fue copiado literalmente por la Convocatoria Pública, dispuso sobre los requisitos de estudio para ocupar el cargo de gerente:

“Profesional en: 1) Administración Pública, 2) Administración de Empresas, 3) Economía, 4) Ingeniería Industrial), 5) Ingeniería Electrónica, 6) Ingeniería de Telecomunicaciones, 7) Ingeniería de Sistemas, 8) Mercadeo y Publicidad, 9) Periodismo, 10) Comunicación Social y profesiones relacionadas, 11) Derecho, 12) Ciencias Políticas, 13) Sociología, y 14) Trabajo Social.”

Es decir, que en esta parte los argumentos de ilegalidad se dirigen contra disposiciones consignadas en actos autónomos e independientes del acto de elección, esto es contra actos administrativos de carácter general que gozan de presunción de legalidad y que de ninguna manera pueden calificarse como actos de trámite o previos con respecto al acto de elección de gerente de TELECARIBE, gracias a que corresponden a actos que en cierto modo gobiernan la expedición de dicho acto.

Así, la Sala se ve enfrentada al siguiente interrogante: ¿Es procedente juzgar conjuntamente la legalidad del acto de elección del gerente de TELECARIBE y la legalidad de los requisitos de estudio fijados para ese cargo en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 -Convocatoria Pública- y en la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013?

Definitivamente no. Actualmente el artículo 139 del CPACA establece que a través del medio de control de nulidad electoral se puede juzgar la legalidad de *“los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales”*, de *“los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden”*, de *“los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones*

¹⁰ Folios 44 a 51.

¹¹ Folios 271 a 274.

públicas”, y en las elecciones por votación popular de “las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios”.

El legislador si bien permite que junto a los actos electorales de elección y nombramiento se puedan juzgar otros actos conexos a los mismos, por ser decisiones previas a su expedición, no autoriza que bajo un solo escenario procesal se surta un juicio de validez conjunto de actos electorales y de actos de carácter general, no solo porque el objeto del medio de control de nulidad electoral no lo autoriza, sino también porque ello configuraría una violación a las reglas sobre acumulación de pretensiones y de competencia.

En efecto, el planteamiento del actor desconoce lo dispuesto en el artículo 165 del CPACA puesto que si bien establece que *“En la demanda se podrán acumular pretensiones de nulidad, de nulidad y de restablecimiento del derecho, relativas a contratos y de reparación directa, siempre que sean conexas y concurren los siguientes requisitos:...”*, no determina que alguna de tales pretensiones pueda acumularse con las referidas al medio de control de nulidad electoral; incompatibilidad que se explica con lo dispuesto en los numerales 1º y 4º de dicho precepto, ya que la competencia en uno y otro caso no recaería en la misma autoridad jurisdiccional y porque esas pretensiones no podrían tramitarse bajo el mismo procedimiento.

Así, el medio de control de nulidad para juzgar la legalidad de los requisitos de estudio fijados para el cargo de gerente en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 -Convocatoria Pública- y en la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013, sería de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado, mientras que el medio de control para enjuiciar la legalidad de la elección de gerente de TELECARIBE es de la Sección Quinta del Consejo de Estado (CPACA Art. 149 num. 1º y Acuerdo 55 de 2003 Art. 1º). Además, en el primer evento el trámite sería el indicado en la misma codificación para el proceso ordinario (Arts. 168 y ss), en tanto que -como ya se vio- en el segundo caso el trámite a seguir es el especial regulado en los artículos 275 y ss *ibídem*.

Ahora, incluso bajo la vigencia del CCA ya se afirmaba por la jurisprudencia de la Sección Quinta que no era procedente que dentro del proceso electoral se

juzgara, además del acto electoral, la validez de actos de contenido electoral. Así lo indica el siguiente pronunciamiento:

“Tras haber demostrado que el proceso electoral sólo tiene por objeto juzgar la legalidad de actos de elección o de nombramiento, y que por ende ese escenario excluye abiertamente la posibilidad de enjuiciar la legalidad de actos de contenido electoral, como el caso de los actos generales proferidos para regular procesos de selección, bien puede colegirse por la Sala que en la labor de examinar la legalidad de un acto de nombramiento no resulta procedente estudiar eventuales razones de ilegalidad alegadas respecto de un acto general que haya servido de fundamento a su expedición, debido a que tal hipótesis llevaría a incluir en el objeto del proceso especial electoral materias que son propias del proceso ordinario de nulidad simple, con claro detrimento para el debido proceso,…”¹²

La Sala no pasa por alto que el ordenamiento jurídico interno contiene reglas enderezadas a mantener la unidad, armonía, coherencia y jerarquía de las fuentes formales del derecho, que buscan evitar, por ejemplo, que normas de inferior rango estén en oposición a sus referentes normativos de grado mayor. Una de esas reglas está consagrada en el artículo 4º de la Constitución Política, que además de propugnar por el valor normativo de la Carta Fundamental, establece la excepción de inconstitucionalidad al señalar que *“En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”* (Art. 4º); y, más recientemente la positivización de la excepción de ilegalidad¹³, con asiento en el artículo 148 del CPACA, que dice:

“Artículo 148. Control por vía de excepción. En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

¹² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 7 de marzo de 2011 Expediente: 110010328000201000006-00. Demandante: Herman Gustavo Garrido Prada. Demandado: Rector Universidad Popular del Cesar. También se pueden consultar las siguientes providencias de la Sección Quinta: i) Sentencia de 2 de octubre de 2008. Expediente: 070012331000200700086-02. Actor: César Augusto Latorre Parales. Demandado: Concejal de Arauca; ii) Sentencia de 9 de noviembre de 2001. Expediente: 17001233100020002500-02 (2700). Actor: Jovanny de Jesús Bedoya Marín, Demandado: Alcalde del Municipio de Marmato.

¹³ Sobre esta excepción, que no tenía ningún referente normativo hasta ahora, dijo en su momento la Corte Constitucional: *“De esta condición jerárquica del sistema jurídico, se desprende entonces la necesidad de inaplicar aquellas disposiciones que por ser contrarias a aquellas otras de las cuales derivan su validez, dan lugar a la ruptura de la armonía normativa. Así, aunque la Constitución no contemple expresamente la llamada excepción de ilegalidad, resulta obvio que las disposiciones superiores que consagran rangos y jerarquías normativas, deben ser implementadas mediante mecanismos que las hagan efectivas, y que, en ese sentido, la posibilidad de inaplicar las normas de inferior rango que resulten contradictorias a aquellas otras a las cuales por disposición constitucional deben subordinarse, es decir, la excepción de legalidad, resulta acorde con la Constitución.”* Sentencia C-037 de 26 de enero de 2000.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte.”

Pues bien, aunque en uno y otro evento el pronunciamiento oficioso es inevitable cuando objetivamente se advierte que el ordenamiento jurídico está siendo desconocido, al abordar la Sala los razonamientos esgrimidos por el demandante sobre la presunta oposición existente entre los requisitos de estudio fijados para el cargo de gerente en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 -Convocatoria Pública- y en la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013, y los principios consagrados en el artículo 209 Superior, respaldados por la doctrina constitucional plasmada en las sentencias C-087 de 1998, C-010 de 2000 y C-650 de 2003, encuentra que la medida no atenta contra el ordenamiento jurídico ni tiene la capacidad de viciar la elección *sub examine*.

En primer lugar, porque el demandante no explica cabalmente en qué forma la entronización de esas profesiones como idóneas para ocupar el cargo de gerente de TELECARIBE, atenta contra los principios inherentes a la función administrativa, tales como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad. Se limita a expresar que no le parece razonable que por fuera de ese abanico hayan quedado otras profesiones, las cuales ni siquiera identifica ni frente a las cuales explica por qué sí debieron tomarse en cuenta.

En segundo lugar, porque lo denunciado por el actor sería una eventual omisión reglamentaria cuyo valor jurídico difícilmente se puede calcular bajo la textura abierta de aquéllos principios constitucionales, y cuya confrontación debe cumplirse bajo un parámetro legal de naturaleza más precisa como podrían ser una ley o un decreto del gobierno nacional, los cuales no identifica el demandante, quizás guardando la esperanza de un control oficioso de legalidad que no está permitido a esta jurisdicción por virtud del principio de justicia rogada y por la garantía fundamental del debido proceso que acompaña al demandado.

Además, la hipotética omisión de que habla el actor no tendría la fuerza suficiente para viciar la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de TELECARIBE, ya que en ningún momento se ha afirmado que esta persona carezca de los requisitos para ocupar el cargo, en particular del título profesional.

En tercer lugar, porque como bien lo señaló el Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado, la exigencia de ser profesional en áreas como el periodismo, comunicación social o profesiones afines, es una medida que compagina con lo dispuesto en el artículo 10 del Decreto 2772 de 10 de agosto de 2005 *“Por el cual se establecen las funciones y requisitos generales para los diferentes empleos públicos de los organismos y entidades del orden nacional y se dictan otras disposiciones.”*, que establece:

“Artículo 10. Certificación Educación formal. Los estudios se acreditarán mediante la presentación de certificados, diplomas, grados o títulos otorgados por las instituciones correspondientes. Para su validez requerirán de los registros y autenticaciones que determinen las normas vigentes sobre la materia. La tarjeta profesional o matrícula correspondiente, según el caso, excluye la presentación de los documentos enunciados anteriormente.

En los casos en que se requiera acreditar la tarjeta o matrícula profesional, podrá sustituirse por la certificación expedida por el organismo competente de otorgarla en la cual conste que dicho documento se encuentra en trámite, siempre y cuando se acredite el respectivo título o grado. Dentro del año siguiente a la fecha de posesión, el empleado deberá presentar la correspondiente tarjeta o matrícula profesional. De no acreditarse en ese tiempo, se aplicará lo previsto en el artículo 5º de la Ley 190 de 1995, y las normas que la modifiquen o sustituyan.”

Y, en cuarto lugar, porque la Sala nota que el señor Miguel Angel Rivaldo Cortizzo hace una lectura incorrecta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional vertida en las sentencias C-087 de 1998, C-010 de 2000 y C-650 de 2003, al proponer que en todos los casos los periodistas y comunicadores sociales no pueden ser objeto de limitación mediante acreditación alguna por parte de las autoridades gubernamentales.

La Sala, después de estudiar lo discurrido por la Corte Constitucional en esos pronunciamientos, halló que efectivamente con tales sentencias fueron expulsadas varias normas del ordenamiento jurídico. La sentencia C-087 de 18 de marzo de 1998 lo hizo con respecto a la Ley 51 de 1975 *“Por la cual se reglamenta el ejercicio del periodismo y se dictan otras disposiciones”*, que declaró inexecutable en su integridad; la sentencia C-010 de 19 de enero de 2000 lo hizo con relación a la Ley 74 de 1966 *“Por la cual se reglamenta la transmisión de programas por los servicios de radiodifusión”*, pues halló inconstitucional el literal f) del artículo 7º; y, la sentencia C-650 de 5 de agosto de 2003 que declaró parcialmente fundada la objeción que por inconstitucionalidad formuló el Presidente de la República al

parágrafo transitorio y al parágrafo del artículo 5º del proyecto de ley No. 030 de 2001, conexos con el inciso 1º del artículo 5º y con el artículo 1º, 084 de 2001 (acumulados) - Cámara y No. 278 de 2002 Senado, *“Por medio del cual se reconoce legalmente la profesión de comunicador social y periodista y se dictan otras disposiciones.”*.

Además, pudo establecer que en todos los casos la motivación principal que inspiró esos pronunciamientos fue la necesidad de dar respuesta al siguiente interrogante: *“¿puede el legislador, a la luz de la nueva Carta, exigir formación académica a quienes se dedican habitualmente a opinar y a informar (a través de los medios), sin vulnerar el artículo 20 Superior que garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación?”* (C-087/98). El cual fue absuelto bajo la óptica de los principios consagrados en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) sobre la libertad de comunicación del pensamiento y la libertad de opinión, que a su modo reflejó el constituyente derivado en los artículos 18¹⁴ y 20¹⁵ de la Constitución de 1991.

Además, en el último de tales pronunciamientos la Corte Constitucional expresamente señaló que su doctrina, al respecto, se recogía en el siguiente pensamiento:

“La doctrina constitucional sentada en la anterior sentencia [C-087/98], y que condujo a la declaratoria de inexecutable de la totalidad de la Ley 51 de 1975, por la relación estrecha entre todas sus normas dentro de un sistema de regulación de la actividad periodística, se sintetiza en lo siguiente: 1) la Constitución de 1991 no restringe la libertad de expresión; 2) tal libertad es un derecho universal que se predica de **toda persona**, sin sujetar su ejercicio a especiales cualificaciones del titular; 3) la actividad del periodismo no está condicionada por la posesión de un título académico -como sí pueden estarlo la ingeniería y la medicina-, ya que el riesgo social que ella implica no es fácilmente identificable y **el régimen democrático excluye que el gobierno determine si el ejercicio de la libertad de expresión, opinión o información es riesgoso o no, lo cual constituye una especie de censura previa**; 4) **los títulos de idoneidad académica no pueden ser exigidos como condición para cumplir con la actividad de**

¹⁴ Esta disposición enseña: **“Artículo 18.** Se garantiza la libertad de conciencia. Nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias ni compelido a revelarlas ni obligado a actuar contra su conciencia.”.

¹⁵ Esta norma consagra: **“Artículo 20.** Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”.

informar, puesto que la Constitución consagra la libertad de información con el mismo vigor y alcance que la libertad de opinión; 5) entre el eventual daño social que pudiera seguirse de una información inadecuada, consecuencia de la libertad de informar, y la restricción general de ésta para precaverlo, la sociedad democrática prefiere afrontar el riesgo del primero.” (La Sala impone negrillas)

Así las cosas, la razón por la cual la Corte Constitucional decidió expulsar del ordenamiento interno aquéllas disposiciones jurídicas, que en cierto modo le conferían a autoridades gubernamentales la regulación del ejercicio de la actividad periodística, fue porque esas medidas constituían una mordaza o censura a la libertad de expresión, opinión o información, consideradas como atributo inherente a toda persona y para cuyo ejercicio no debe admitirse la expedición de regulación alguna, dado que es mejor contar con el riesgo social que ello pueda conllevar, que impedir a la sociedad que exprese libremente sus opiniones así no caigan bien a su destinatario.

Como se podrá evidenciar, el contexto constitucional en el que se emitieron los mencionados fallos de la Corte Constitucional difiere ostensiblemente del contexto en que operan los requisitos de estudio fijados para el cargo de gerente en el Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 -Convocatoria Pública- y en la Resolución No. 000414 de 30 de mayo de 2013. Estas disposiciones de TELECARIBE están encaminadas a seleccionar al gerente del canal de televisión para que cumpla las funciones previstas en el artículo 17 del Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 *“Por medio del cual se adoptan los estatutos internos del canal regional de televisión del Caribe limitada - TELECARIBE”*, que no están referidas a la labor periodística o de comunicación social, sino que por el contrario aluden a la conducción de los destinos de una entidad del orden nacional relacionadas, por ejemplo, con la representación legal, la dirección de la administración, la ejecución de las decisiones de la JAR, la presentación del proyecto de presupuesto, la ordenación del gasto, el nombramiento y remoción de empleados, la representación judicial, la contratación, etc.

Por ende, la inclusión de profesiones como el periodismo o la comunicación social para ocupar el cargo de gerente de TELECARIBE no riñe con la doctrina

constitucional mencionada, dado que su desempeño al frente de la entidad tendrá una connotación predominantemente administrativa, que de ninguna manera afecta o limita el derecho que la misma persona tiene de expresar libremente su pensamiento u opiniones.

Es decir, que la exigencia prevista en el Acuerdo No. 509 y en la Resolución 000414 de 2013 es de formación profesional en periodismo o comunicación social, con miras a que el gerente dirija los destinos de un canal de televisión que opera en el Caribe colombiano, valiéndose para ello de la preparación universitaria y la consiguiente idoneidad que el respectivo título le confiere. De seguro lo que se espera del perfil de esta profesión es que la persona elegida aplique a la gestión al frente del canal sus conocimientos profesionales en el área para sacar mejor provecho de todo ello para la propia entidad.

En suma, son muchas las razones que existen para desestimar el primer cargo formulado por el actor.

3.2.- CARGO SEGUNDO: Los vicios de procedimiento en el concurso para la elección del gerente

El demandante sustenta este cargo en que la JAR de TELECARIBE eligió al gerente del canal de televisión con un procedimiento diferente al previsto en el Acuerdo No. 387 de 2008.

La Sala recuerda que el juicio de legalidad a los actos administrativos parte de la base de que el actor cumpla, entre otras cosas, lo dispuesto en el artículo 162 numeral 4º del CPACA, valga decir, que se invoquen las normas violadas y se explique el concepto de violación, ya que ese control supone un proceso de confrontación entre ese cuerpo normativo invocado por el demandante y el acto sometido a juzgamiento.

Además, las disposiciones jurídicas de que se valga el accionante deben estar vigentes para la época en que se produjo el acto acusado, ya que bajo el Estado de Derecho, que se funda en el principio de legalidad con asiento en los artículos

6º, 121, 122 y 123, entre otros, según el cual las autoridades públicas “*ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento*”, únicamente constituirá vicio anulatorio el que evidencie una actuación contraria al marco jurídico que gobierne el respectivo acto, pues es éste el que atenta contra el deber de taxatividad de las competencias.

Pues bien, en el proceso se demostró que para la época en que se surtió el procedimiento que culminó con la expedición del Acuerdo No. 510 de 5 de junio de 2013, mediante el cual se designó al señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de TELECARIBE, el Acuerdo No. 387 de 2008 ya había perdido vigencia. Así lo evidencia el Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 “*Por medio del cual se adoptan los estatutos internos del canal regional de televisión del Caribe limitada - TELECARIBE*”, expedido por la JAR de TELECARIBE¹⁶, al disponer en lo pertinente:

“Artículo 40º. VIGENCIA Y PUBLICACION DE LOS ESTATUTOS. Este Acuerdo rige a partir de la fecha de su registro en Cámara de Comercio, previa aprobación de la junta Administradora Regional y **deroga las disposiciones que le sean contrarias, y en todas sus partes lo dispuesto en el Acuerdo No. 387 de 2008**, así como los anteriores al mismo, quedando vigente únicamente las disposiciones aquí consignadas.” (La Sala impone negrillas)

Así, dado que los estatutos vigentes para la época en que se realizó el trámite para la designación de gerente de TELECARIBE no eran los consignados en el Acuerdo No. 387 de 28 de noviembre de 2008 sino los adoptados por medio del Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013, es claro que el cargo en esta parte es infundado.

Por otra parte, con este cargo se afirma que el proceso de elección de gerente de TELECARIBE no tomó en cuenta el criterio del mérito, pues si bien contó con algunos parámetros en la convocatoria pública no se fijaron aspectos relacionados con ítems a evaluar, puntajes asignados a los mismos, entrevista, etc. Y, que se ha debido aplicar lo prescrito en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 para facilitar la libre concurrencia de aspirantes y la verificación de los criterios de idoneidad, experiencia, probidad, objetividad e imparcialidad.

¹⁶ Folios 178 a 183.

En otras palabras, el actor considera que el acto acusado es ilegal porque desde su perspectiva una convocatoria pública es lo mismo que un concurso de méritos, y en esa medida era obligatorio elegir a dicho dignatario bajo un procedimiento que contemplara los pasos consagrados en el artículo 31 de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004 *“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”*, tales como la convocatoria, el reclutamiento, las pruebas, la lista de elegibles y el período de prueba, para así concluir en la designación final.

La Sala observa que el artículo 125 Constitucional estableció como regla general para el ejercicio de la función pública hacerlo bajo el régimen de carrera, que se caracteriza por la preponderancia asignada al mérito como criterio utilizado por el Estado para incorporar, mantener, promover o retirar al personal a su servicio. Se basa en la oposición o competencia que se surte entre diferentes aspirantes a un cargo, que toma en cuenta la preparación académica, las competencias, las entrevistas y el resultado de las pruebas practicadas, para obtener un resultado objetivo que permita clasificar a los candidatos según el puntaje que hayan obtenido.

Esa norma constitucional también deja ver que junto al régimen de carrera existen otros regímenes que cuentan con una configuración distinta, que por ser diferente no permite afirmar que para ellos no se observa el mérito de las personas. Son, por ejemplo, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y otros que debe fijar el legislador.

En cuanto a los cargos de libre nombramiento y remoción, que son los que interesan al debate, hay que decir que así fueron concebidos por el constituyente debido al alto grado de confianza que representan frente a su nominador, quien debe contar con la facultad de designar y retirar discrecionalmente al funcionario, sin que ello se torne en arbitrariedad. Por lo mismo, la incorporación al servicio público de esta clase de funcionarios no representa para ellos ninguna suerte de derechos de carrera o de estabilidad.

Además, la incorporación de los funcionarios de libre nombramiento y remoción no debe estar precedida de un concurso de méritos, gracias a que el ordenamiento jurídico confirió libertad de elección al nominador, quien debe en todo caso corroborar que la persona cumpla los requisitos legal y estatutariamente

establecidos para el desempeño del cargo; libertad que se espera sea ejercida dando relevancia a las competencias y aptitudes que demuestre la persona seleccionada.

Sin embargo, nada impide que la administración decida implementar un proceso de selección para escoger la persona que se desempeñará en un cargo de libre nombramiento y remoción, al cual deberán sujetarse tanto los candidatos como la propia entidad, pues sus resultados deberán respetarse en salvaguarda del principio *venire contra factum proprium non valet*, así como de los derechos fundamentales de los aspirantes al cargo, que inspirados bajo el principio de la confianza legítima decidieron fiarse de lo anunciado por la Administración.

Con todo, el proceso de selección que eventualmente se adopte para la designación de empleados de libre nombramiento y remoción, si bien obliga a todos los concernidos, no le confiere al beneficiado con la designación derechos de carrera, lo cual se traduce en que la administración preserva intacta la competencia para retirar del cargo al funcionario cuando así lo juzgue necesario.

Ahora bien, según el material probatorio recopilado dentro del proceso el cargo de gerente de TELECARIBE es de libre nombramiento y remoción, y su designación, que está a cargo de la JAR, se sujeta a un procedimiento que no es equivalente a un concurso de méritos. Así lo revela el Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 *“Por medio del cual se adoptan los estatutos internos del canal regional de televisión del Caribe limitada - TELECARIBE”*, expedido por la JAR de TELECARIBE¹⁷, al disponer:

“Artículo 15º. El Gerente de TELECARIBE tiene la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción, y es nombrado por la Junta Administradora Regional, previo el cumplimiento del siguiente procedimiento:

1.- Se efectuará convocatoria pública establecida mediante Acuerdo de la Junta Administradora Regional, que determinará los parámetros, términos y condiciones que regirán el procedimiento, el cual deberá contener los requisitos académicos, experiencia y competencias que, según el Manual de Funciones y Competencias Laborales de Telecaribe, expedido de acuerdo con la Ley 909 de 2004, Decreto 2772 de 2005 y Decreto 2489 de 2006 y demás normas que lo adicionen, modifiquen, complementen o sustituyan, se requiere para ejercer el cargo.

¹⁷ Folios 178 a 183.

2.- El procedimiento será adelantado por la Junta Administradora Regional de TELECARIBE y para ello podrá solicitar la asesoría de una entidad pública o privada especializada en la materia.

3.- Como resultado del procedimiento se presentarán hasta tres (3) opcionados, de entre los cuales, la Junta Administradora Regional nombrará al Gerente.

Parágrafo 1º. En caso de ausencia definitiva del Gerente, la Junta Administradora Regional nombrará un Gerente temporal, hasta por tres (3) meses, prorrogables por tres (3) meses más, mientras se nombra al nuevo titular.

Parágrafo 2º. En caso de ausencia temporal del Gerente, la Junta Administradora encargará de sus funciones a un empleado público de nivel directivo de la entidad.”

Adicionalmente, el artículo 91¹⁸ de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”*, confirma el hecho de que la gerencia de las empresas industriales y comerciales del Estado, como en el caso del canal TELECARIBE, es ocupada por empleados públicos de libre nombramiento y remoción, lo cual la Corte Constitucional encontró conforme al ordenamiento Superior en la sentencia C-599 de 2000, y posteriormente lo reiteró en la sentencia C-691 de 2007 al expresar, para el orden nacional, que:

“...dichos cargos de gerente o presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado que son de libre nombramiento y remoción, encuentran justificación constitucional en el numeral 13 del artículo 189 constitucional y, además, en los objetivos de la acción estatal de crear las empresas industriales y comerciales del Estado que se traduce en la intervención en la economía para la realización de los fines esenciales del Estado social de derecho.”

De otro lado, suponer como lo hace el actor, que solamente bastaba el criterio del mérito con asiento en los artículos 125 y 126 de la Constitución para concluir que la JAR de TELECARIBE tenía el deber de adelantar un concurso de méritos para designar al gerente, es tanto como afirmar que los principios constitucionales son suficientes para imponer esa carga, tesis con la cual no ha estado de acuerdo esta

¹⁸ La norma establece: **“Artículo 91.** *Designación del Gerente o Presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado. El Gerente o Presidente de las empresas industriales y comerciales del Estado es agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.”*

Sección. En efecto, en la sentencia de 19 de septiembre de 2013 se negó la nulidad de la elección del director general de la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca, tras considerar que la provisión de dicho cargo, que tiene una naturaleza particular pues simultáneamente se cataloga como de período y de libre nombramiento y remoción, no se hace mediante un concurso de méritos y que los principios y valores constitucionales no alcanzan para imponer tal carga dado que el constituyente reservó para sí y para *“el legislador la competencia de fijar la forma en que deben proveerse los cargos del Estado”*¹⁹, aserto que a su vez se apoyó en la siguiente doctrina constitucional:

“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 cuando un empleo es de libre nombramiento y remoción le corresponde al legislador, como también la de diseñar el mecanismo de elección y designación que para ellos opere en cada caso concreto, estando desde luego sujeto a ciertas condiciones que garantizan que no vulnere el ordenamiento superior.”²⁰

Para la Sala todo lo dicho hasta ahora desvirtúa los planteamientos del actor, entre ellos aquél según el cual la designación del gerente del canal TELECARIBE se ha debido gobernar por lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 909 de 23 de septiembre de 2004, que fija los diferentes pasos de un concurso de méritos, puesto que se evidenció que ese cargo es de libre nombramiento y remoción y por lo mismo ajeno a esa forma de provisión de empleos públicos; y, porque con acudir a lo normado en el artículo 3º de la Ley 909 se corrobora que el cargo de gerente de las empresas industriales y comerciales del Estado no está dentro del campo de aplicación de ese cuerpo normativo.

Ahora, aunque el cargo se nutre de otros planteamientos que se reproducen en los siguientes cargos, la Sala los abordará en dicho contexto. Por lo pronto, declarará impróspero este cargo.

3.3.- CARGO TERCERO: Falta de competencia

¹⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 19 de septiembre de 2013. Expedientes acumulados: 110010328000201200051-00, 110010328000201200052-00 y 110010328000201200057-00. Demandante: Eduardo Carmelo Padilla Hernández y otros. Demandado: Director CAR – Dr. Alfred Ignacio Ballesteros A. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-1345 de 4 de octubre de 2000.

El actor afirma que en la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ se infringió el artículo 2º del Acuerdo No. 509 de 2013²¹ -Convocatoria Pública- y el artículo 30 de la Ley 909 de 2004²², porque ni la Universidad del Magdalena ni la Universidad de Cartagena estaban acreditadas por la CNSC para intervenir en el proceso de selección en cuestión.

Si bien es cierto que con oficio No. 18447 de 9 de junio de 2014 suscrito por la señora Clemencia Rojas Arias, Secretaria General de la CNSC, se informó “*que para la fecha 5 de julio de 2013, las Universidades del Magdalena y Cartagena no contaban con la Acreditación expedida por la CNSC.*”²³, ello en nada incide en la validez del acto acusado, pues como lo demostró la Sala en el análisis de la imputación anterior el cargo de gerente de TELECARIBE es de libre nombramiento y remoción porque corresponde a uno de los máximos niveles decisorios de una empresa industrial y comercial del Estado, al cual no le resultan aplicables las normas sobre carrera administrativa.

Además, después de acudir a una interpretación a rúbrica la Sala logra precisar que el artículo 30 de la Ley 909 de 2004, fundamento medular de la acusación *sub examine*, forma parte del Título V “*El Ingreso y el Ascenso a los Empleos de Carrera*”, Capítulo I “*Procesos de selección o concursos*”, lo cual significa que la acreditación que la CNSC debe otorgar a las universidades públicas está referida al adelantamiento de “*concursos o procesos de selección*” para proveer cargos de carrera administrativa, y para ello la Comisión debe examinar la experiencia en el área de selección de personal y la capacidad logística para el desarrollo de concursos.

Por tanto, la Universidad del Magdalena y la Universidad de Cartagena, que integran la JAR de TELECARIBE, no tenían por qué acreditarse ante la CNSC

²¹ Esta norma establece: “**ARTÍCULO SEGUNDO:** *El procedimiento de la convocatoria será surtido por la Junta Administradora Regional de Telecaribe, con el acompañamiento de dos universidades de carácter público: La Universidad de Cartagena y Universidad del Magdalena, ambas con asiento en la JAR. La coordinación de la convocatoria estará a cargo del Gerente encargado.*”

²² El contenido de esta norma es el siguiente: “**Artículo 30.** *Competencia para adelantar los concursos. Los concursos o procesos de selección serán adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de contratos o convenios interadministrativos, suscritos con universidades públicas o privadas o instituciones de educación superior acreditadas por ella para tal fin. Los costos que genere la realización de los concursos serán con cargo a los presupuestos de las entidades que requieran la provisión de cargos.*

Los convenios o contratos se suscribirán preferencialmente, con las entidades acreditadas que tengan jurisdicción en el departamento o municipio en el cual esté ubicada la entidad para la cual se realiza el concurso.

La Comisión acreditará como entidades idóneas para adelantar los concursos a las universidades públicas y privadas y a las instituciones de educación superior que lo soliciten y demuestren su competencia técnica en procesos de selección, experiencia en el área de selección de personal, así como capacidad logística para el desarrollo de concursos. El procedimiento de acreditación será definido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Las entidades que utilicen las listas de elegibles resultado de los concursos adelantados por la Comisión Nacional del Servicio Civil deberán sufragar los costos determinados por la citada Comisión.”

²³ Folio 473.

para intervenir en el proceso de elección de gerente del canal, pues como bien lo dice el artículo 2º del Acuerdo No. 509 de 4 de junio de 2013 -Convocatoria Pública-, su papel en ese procedimiento es de “acompañamiento”, pero no de dirección o realización de un concurso de méritos. Es más, ese acompañamiento de seguro estuvo relacionado con un rol de garante de que los aspirantes cumplieran los requisitos para ocupar el cargo y que se surtieran las distintas fases establecidas en el cronograma inserto en dicha convocatoria.

De otra parte, el demandante invoca el artículo 11 del Acuerdo No. 387 de 2008 y los artículos 9º y 10º de la Ley 489 de 1998, para afirmar que la ilegalidad del acto de elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente del canal TELECARIBE se produjo porque las personas que intervinieron en la expedición de ese acto como delegados de las autoridades que componen la JAR “no presentaron los actos administrativos de delegación configurando en más de una ocasión y en más de una decisión una clara falta de competencia para actuar...” (fl. 87).

Este señalamiento es abiertamente infundado porque se sustenta en una norma derogada y porque no es cierto que los delegados no hayan acreditado su condición. Ya se precisó por la Sala que el Acuerdo No. 387 de 2008 fue expresamente derogado con la expedición del Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013, a través del cual se adoptaron los nuevos estatutos del canal TELECARIBE, de modo que dicha norma no puede emplearse para llevar a cabo el juicio de validez propuesto por el actor.

Ahora, conforme al artículo 9º del Acuerdo No. 504 de 2013 la JAR de TELECARIBE para la época en que se produjo la elección cuestionada se integraba así: 1.- Ministerio de las TIC, 2.- Departamento del Atlántico, 3.- Universidad de Cartagena, 4.- Departamento del Cesar, 5.- Departamento de Córdoba, 6.- Departamento de La Guajira, 7.- Departamento del Magdalena, 8.- Departamento de Sucre, 9.- Departamento de Bolívar, 10.- Universidad del Magdalena y 11.- Distrito de Barranquilla.

Con el Acta No. 195 sobre la “*Reunión de la Junta Administradora Regional Canal Regional de Televisión del Caribe Limitada TELECARIBE*”²⁴, realizada el 5 de julio de 2013 en la gobernación de Córdoba, se pudo constatar que allí se eligió, por

²⁴ Folios 206 a 211.

unanimidad, a los departamentos de Sucre y Córdoba como presidente y vicepresidente de la JAR, respectivamente; y que igualmente se eligió, con 8 votos a favor, al señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente en propiedad del canal TELECARIBE.

El mismo documento permitió establecer que a la reunión asistieron como miembros de la JAR los señores Juan Francisco Gómez Cerchar - gobernador de La Guajira, José Antonio Segebre Berardinelly - gobernador del Atlántico, Alejandro Lyons Muskus - gobernador de Córdoba, Andrea Moyano - Delegada del Ministerio de las TIC, Juan Carlos Gossain - gobernador de Bolívar, Hugo García Santis - Delegado del departamento de Sucre, Diana Acosta - Delegada del Distrito de Barranquilla, Edgar Parra Chacón - Delegado de la Universidad de Cartagena, Edgar Salas Ballesteros - Delegado de la Universidad del Magdalena y Rubén Peña Noriega - Delegado del departamento del Magdalena. Además, se dejó constancia que el gobernador de Cesar otorgó poder al gobernador de La Guajira para que lo representara en esa reunión.

Ahora, aunque varios de los asistentes lo hicieron invocando su condición de delegados de las autoridades pertenecientes a la JAR de TELECARIBE, la Sala advierte que en el acervo probatorio obran los documentos que acreditan que esas personas sí habían recibido la anunciada delegación, los cuales gozan de presunción de legalidad porque no fueron tachados de falsos. Veamos:

1.- Resolución No. 001690 de 4 de julio de 2013 mediante la cual la señora María Carolina Hoyos Turbay, Viceministra encargada de las funciones del despacho del Ministro de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, delegó a la señora Andrea Moyano Carrillo *“para que participe en la reunión extraordinaria de Junta Administradora Regional o Junta de Socios del Canal Regional de Televisión del Caribe Ltda. - TELECARIBE, programada para el 5 de julio de 2013, a las 9:30 a.m.”*²⁵.

2.- Oficio No. R-2013-0173 de 2 de julio de 2013 por medio del cual el señor Germán Arturo Sierra Anaya, rector de la Universidad de Cartagena, otorgó *“poder especial, amplio y suficiente al doctor EDGAR PARRA CHACON, ...Vicerrector Académico, para que en nombre y representación de la Institución, actúe ante la*

²⁵ Folio 218.

*Reunión Extraordinaria presencial No. 195 de Junta Administradora Regional de Telecaribe, que tendrá lugar el viernes 5 de julio de 2013,...*²⁶.

3.- Oficio No. 324 de 2 de julio de 2013 con el cual el señor Luis Miguel Cotes Habeych, gobernador del departamento del Magdalena, confirió *“poder especial, amplio y suficiente al doctor RUBEN PEÑA NORIEGA, ..., Jefe de la Oficina de Comunicaciones, para que en mi nombre y representación del ente territorial, Departamento del Magdalena, asista a la sesión de elección del nuevo Gerente de Telecaribe, a realizarse el día 5 de julio de 2013,...*²⁷.

4.- Oficio de 2 de julio de 2013 con el cual el Vicerrector Académico delegado de las funciones rectorales de la Universidad del Magdalena, señor Pedro Eslava Eljaiek, otorgó *“poder especial, amplio y suficiente al señor **EDGAR JOSE SALAS BALLESTEROS**, ..., en calidad de Director de Comunicaciones de esta institución, para que en nombre y representación de UNIMAGDALENA, participe en la reunión extraordinaria de Junta Administradora Regional o Junta de Socios de TELECARIBE con derecho a voz y voto, a realizarse el día 5 de julio de 2013,...*²⁸.

5.- Oficio de 4 de julio de 2013 suscrito por el señor Luis Alberto Monsalvo Gnecco en calidad de gobernador del departamento del Cesar, a través del cual confirió *“poder a **JUAN FRANCISCO GOMEZ CERCHIARO** (sic), ... para asistir, decidir y votar por mí, de acuerdo al orden del día, durante la reunión extraordinaria número 195 de la Junta Administradora Regional o Junta de Socios de Telecaribe, la cual se realizará el día viernes 5 de julio de 2013 en la ciudad de Montería.*²⁹.

6.- Oficio de 5 de julio de 2013 firmado por el señor Julio Cesar Guerra Tulena en calidad de gobernador del departamento de Sucre, por medio del cual otorgó *“poder especial, amplio y suficiente al doctor **HUGO RAFAEL GARCIA SANTIS**, ..., Asesor Despacho - Gobernador, para que me represente en la reunión extraordinaria de Junta Administradora Regional o Junta de Socios de Telecaribe, que se realizará el día Viernes 05 de Julio de 2013, a partir de las 9:30 a.m., en la ciudad de Montería.*³⁰; y

²⁶ Folios 305.

²⁷ Folio 306.

²⁸ Folio 307.

²⁹ Folio 309.

³⁰ Folio 310 vuelto.

7.- Decreto No. 0360 de 28 de febrero de 2012 firmado por la alcaldesa de Barranquilla, señora Elsa Margarita Noguera de La Espriella, mediante el cual designó a la señora Diana Acosta Miranda *“en calidad de miembro suplente de la Alcaldesa de Barranquilla ante la Junta Administradora del Canal Regional de Televisión Del (sic) Caribe LTDA., TELECARIBE.”*³¹.

El actor, en su escrito de alegato de conclusión y ante la existencia de estos documentos, señaló que la irregularidad persiste frente al decreto que firmó la alcaldesa de Barranquilla el 28 de febrero de 2012, donde *“Se designa a la Dra. DIANA ACOSTA MIRANDA en calidad de miembro suplente de la Alcaldesa de Barranquilla...”*, e igualmente respecto del *“poder especial, amplio y suficiente”* que el representante de la Universidad de Cartagena otorgó al Vicerrector académico Edgar Parra Chacón. Sobre los mismos dice que la Sala tendrá que *“determinar si encuentra probado el hecho que aun existiendo actos o poderes conferidos estos a luz (sic) de la ley cumplen con los requisitos para su eficacia que permitiesen validar la elección de la que participaron.”*

La Sala no está obligada a examinar la validez del acto demandado frente a estos señalamientos, puesto que si bien recaen sobre el mismo objeto -actos de delegación-, es claro que corresponden a un cargo nuevo, dado que en la demanda únicamente se afirmó que los delegados en mención actuaron en la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de TELECARIBE sin exhibir o aportar el acto respectivo; en ningún momento se cuestionó el alcance jurídico de cada uno de esos actos, lo cual impide llevar el juicio de legalidad hasta ese terreno para abordar imputaciones que no le fueron trasladadas a los sujetos pasivos de la relación jurídico-procesal.

De igual modo, la Sala considera que tampoco debe examinar la parte de la acusación que afirma *“la falta de competencia de los delegados que intervinieron en las **distintas** juntas administradoras regionales del canal.”* (La Sala resalta), porque se trata de una imputación genérica que riñe contra el principio de justicia rogada que compromete a los demandantes en la tarea de formular cargos precisos, esto es, invocando las normas infringidas y explicando de manera detallada la forma como ello se produjo, que en este escenario correspondería a la identificación precisa de la sesión de la JAR de TELECARIBE donde ello tuvo lugar. Lo anterior no se puede pasar por alto porque conduciría a la Sala a la

³¹ Folio 311.

realización de un estudio oficioso de un número incierto de actas y actos, para lo cual no está legalmente autorizada por desbordar el contexto procesal dentro del cual ejerce su defensa el demandado. Así las cosas, este cargo tampoco prospera.

3.4.- CARGO CUARTO: La violación a la ley de cuotas en la constitución de la terna

El actor sustenta este cargo en la supuesta violación de lo dispuesto en el artículo 12 numeral 7º del Acuerdo No. 387 de 2008, en el artículo 6º de la Ley 581 de 2000 *“Por la cual se reglamenta la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de las diferentes ramas y órganos del poder público, de conformidad con los artículos 13, 40 y 43 de la Constitución Nacional y se dictan otras disposiciones.”*, y en la Ley 51 de 1981 *“Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y firmada en Copenhague el 17 de julio de 1980.”*, debido a que en la terna que tuvo a su disposición la JAR de TELECARIBE para elegir al gerente del canal no se incluyó el nombre de una mujer.

A pesar de que el Acuerdo No. 387 de 2008 corresponde a una norma derogada por los estatutos generales actuales del canal TELECARIBE (Acuerdo No. 540 de 28 de febrero de 2013), que por la misma razón no puede emplearse para surtir el control de legalidad del acto acusado, las demás disposiciones invocadas por el demandante son suficientes para cumplir esa labor.

El ordenamiento constitucional vigente desde 1991, los compromisos adquiridos con antelación por el Estado Colombiano en el concierto internacional y el entorno social reinante en el país frente a la discriminación que padecía la mujer fueron los motores que impulsaron la adopción de medidas de *discriminación positiva* o de *promoción* a favor de la población femenina.

Así, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que se incorporó al ordenamiento jurídico interno por medio de la Ley 51 de 1981, identificó la problemática a que se veía sometida la mujer, que venía siendo objeto de discriminación en diferentes planos de la vida diaria. El artículo 2º del tratado contiene una proclama de los Estados Partes en el sentido

de condenar la discriminación contra la mujer, y a su vez en el compromiso de implementar políticas públicas enderezadas a superar los factores de discriminación que se tuvieran identificados en cada uno de los Estados suscriptores del tratado, para lo cual debían adoptarse las reformas constitucionales y legales que fueran menester.

En respuesta a ello la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 incorporó a la Constitución prescripciones dirigidas a superar la discriminación hacia la población femenina. El artículo 13, por ejemplo, consagró el principio de igualdad y en una clara referencia a lo anterior señaló que no habrá *“ninguna discriminación por razones de sexo”*, y que *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará las medidas a favor de grupos discriminados o marginados.”*

Lo mismo hizo el artículo 40 *in fine* de la Constitución, que contiene el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, ya que precisó que *“Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.”*. Y, por el último, el artículo 43 de la misma obra que prescribió que *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación...”*.

Pues bien, con el anterior marco jurídico internacional y constitucional y ante el evidente rezago laboral que experimentaba la población femenina en cuanto al acceso a los altos niveles decisorios de la Administración Pública, el Congreso de la República expidió la Ley Estatutaria 581 de 31 de mayo de 2000 por medio de la cual se adoptaron múltiples medidas de promoción o discriminación positiva a favor de la mujer, entre ellas la que invoca el señor Miguel Angel Rivaldo Cortizzo como desconocida por la JAR de TELECARIBE al elegir al señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente, que expresa:

“Artículo 6o. Nombramiento por sistema de ternas y listas. Para el nombramiento en los cargos que deban proveerse por el **sistema de ternas, se deberá incluir, en su integración, por lo menos el nombre de una mujer.**

Para la designación en los cargos que deban proveerse por el sistema de listas, quien las elabore incluirá hombres y mujeres en igual proporción.” (La Sala destaca)

La Ley 581 de 31 de mayo de 2000, que tiene rango estatutario, fue objeto de control previo, integral y automático de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional, quien lo hizo a través de la sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000, que en el numeral 5º de su parte resolutive declaró la exequibilidad condicionada del anterior precepto *“bajo el entendimiento de que cuando en la conformación de ternas concurren distintas personas o entidades se procurará incluir mujeres, sin que ésta sea una obligación inexorable.”*

Es decir, según lo anterior, en los casos en que las ternas deban ser integradas por un número plural de personas o entidades públicas independientes y autónomas, la incorporación del nombre de una mujer deja de ser un imperativo, pues pasa a ser una facultad, lo cual resulta razonable a la luz de un obstáculo práctico como es determinar cuál o cuáles de esas personas o entidades debe plegarse a la voluntad de los demás para confluir en el nombre de una misma aspirante. Así lo expresó la Corte Constitucional en la *ratio decidendi* del mencionado condicionamiento:

“De otro lado, esta Corporación encuentra que ciertos empleos de los niveles decisorios son difícilmente compatibles con un sistema de cuotas. Es el caso de las juntas directivas de las distintas entidades de la rama ejecutiva, pues ellas, generalmente, están conformadas 1) por el Presidente de la República o su delegado, 2) por los Ministros del despacho o sus delegados, 3) por el director o gerente del organismo respectivo o su representante, 4) por servidores públicos que en razón del cargo que desempeñan, tienen derecho a pertenecer a ellas, 5) por particulares que ejercen actividades relacionadas con el servicio público que presta el organismo respectivo -ya sea como usuarios o beneficiarios del mismo o en su calidad de representantes de organizaciones, asociaciones u otros grupos sociales-.

Dado que el nombramiento de tales miembros se origina en distintas personas: funcionarios públicos, particulares, organizaciones de diversa índole, la exigencia de una cuota resulta improcedente, pues si la designación se hace simultáneamente, no sería viable determinar cuál de las autoridades nominadoras es la que debe designar una mujer como su representante, o en caso de hacerse sucesivamente, no se encuentra un criterio claro para atribuir a alguna de tales autoridades la obligación de nombrar a una mujer.”

Ahora bien, la condición que la Corte Constitucional impuso a la parte inicial del artículo 6º de la Ley 581 de 2000, lleva a la Sala a colegir que en la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de TELECARIBE no se debía tomar en cuenta la cuota femenina, ya que no era aplicable.

La Sala recuerda que la JAR de la empresa industrial y comercial del Estado TELECARIBE se integra por las siguientes autoridades públicas: 1.- Ministerio de las TIC, 2.- Departamento del Atlántico, 3.- Universidad de Cartagena, 4.- Departamento del Cesar, 5.- Departamento de Córdoba, 6.- Departamento de La Guajira, 7.- Departamento del Magdalena, 8.- Departamento de Sucre, 9.- Departamento de Bolívar, 10.- Universidad del Magdalena y 11.- Distrito de Barranquilla. Esto significa que para el *sub lite* se cumple la condición establecida en la sentencia C-371 de 29 de marzo de 2000 frente al artículo 6º de la Ley 581 de 2000, y que por lo mismo no era un imperativo jurídico incluir el nombre de una mujer en la lista de candidatos que consideró esa junta para realizar la elección impugnada. Además, establecieron un proceso de selección en el que podía o no resultar triunfante una mujer.

La anterior conclusión no significa en manera alguna el desconocimiento de los propios precedentes de esta Sección, en especial los establecidos en las sentencias de 24 de agosto de 2006³² y de 25 de enero de 2007³³, que ordenaron el cumplimiento de la Ley de Cuotas por parte de las Juntas Administradoras Locales a fin de que incorporaran el nombre de una mujer en la terna a presentar al Alcalde Mayor de Bogotá D.C., para que este designara a su vez el respectivo alcalde local, para lo cual se inaplicó por inconstitucional el sistema de cuociente electoral consagrado en los Decretos 1421 de 1993, 1350 y 142 de 2005, porque impedía la efectividad de la medida de promoción a favor de la población femenina.

Y no hay ninguna contradicción porque la Sala es consciente de las diferencias sustanciales existentes entre esos casos y el que ahora se decide, como quiera que los ediles hacen parte de un mismo órgano o entidad pública como es la Junta Administradora Local, mientras que la JAR de TELECARIBE se conforma por una pluralidad de entidades públicas, entre ellas los departamentos del Atlántico, del

³² Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 24 de agosto de 2006. Expediente: 250000325000200501631-01. Demandante: Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C. Demandado: Junta Administradora Local de Rafael Uribe Uribe.

³³ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 25 de enero de 2007. Expediente: 250002326000200501633-01. Demandante: Secretaría de Gobierno de Bogotá D.C. Demandado: Junta Administradora Local de Antonio Nariño.

Cesar, de Córdoba, de La Guajira, del Magdalena, de Sucre, de Bolívar, y el Distrito de Barranquilla, que conforme a lo dispuesto en los artículos 1⁰³⁴ y 287³⁵ de la Constitución Política gozan de autonomía para la gestión de sus propios intereses.

Con todo, existe una razón adicional para calificar de impróspero este cargo y es que la designación del gerente de TELECARIBE no está actualmente sujeta al sistema de terna, como así lo evidencia la comparación entre la normativa del estatuto general derogado y el estatuto general vigente para la época en que se realizó la elección acusada.

En efecto, el artículo 12 del Acuerdo No. 387 de 28 de noviembre de 2008 - Estatuto General derogado- prescribía como una de las funciones de la JAR de TELECARIBE la de *“Nombrar al Gerente de la entidad de terna que resultará de un concurso público que se adelantará a través de un ente público o privado especializado o con capacidad para adelantar la selección por mérito.”* (7^o). En cambio, el artículo 15 del Acuerdo No. 504 de 28 de febrero de 2013 -Estatuto General vigente-, prevé que la designación del gerente se hará por medio de una convocatoria pública y que *“Como resultado del procedimiento se presentarán hasta tres (3) opcionados, de entre los cuales, la Junta Administradora Regional nombrará al Gerente.”* (3^o).

Claramente la JAR de TELECARIBE abandonó la norma que ordenaba integrar una terna y la reemplazó por la de presentar los aspirantes más opcionados, que como lo dijeron algunos sujetos procesales, pueden ser uno o tres, según lo determine la Junta. Y, en caso de que se decidiera considerar que la lista de tres debe tomarse como equivalente de una terna, ello tampoco afectaría la validez del acto enjuiciado, dado que según se dijo arriba, dicha Junta no estaba obligada a incluir el nombre de una mujer pues si bien es cierto que es un solo órgano, también lo es que corresponde a un órgano integrado por diferentes entidades estatales, autónomas e independientes. Así, el cargo no prospera.

³⁴ El contenido de esta norma es el siguiente: **“Artículo 1.-** Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

³⁵ Esta norma enseña: **“Artículo 287.-** Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.”

6.- Conclusión

La Sala, con fundamento en los argumentos esgrimidos en la parte motiva de esta providencia, arriba a la conclusión de que los vicios de ilegalidad que el señor Miguel Angel Rivaldo Cortizzo le endilgó a la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de la empresa industrial y comercial del Estado canal TELECARIBE, son infundados. Por ende, las pretensiones del medio de control de nulidad electoral de la referencia serán desestimadas.

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

F A L L A

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral promovida por el señor MIGUEL ANGEL RIVALDO CORTIZZO contra la elección del señor JUAN MANUEL BUELVAS DIAZ como gerente de TELECARIBE.

SEGUNDO: En firme esta providencia archívese el expediente.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

ALBERTO YEPES BARREIRO
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Consejera de Estado

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Consejera de Estado